



Visítanos en
ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ROBERTO DE RUGGIERO

Profesor de la R. Universidad de Nápoles

INSTITUCIONES
DE
DERECHO CIVIL

TRADUCCIÓN DE LA 4.^a EDICIÓN ITALIANA

ANOTADA Y CONCORDADA CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

POR

RAMÓN SERRANO SUÑER

Abogado del Estado y del Ilustre Colegio
de Zaragoza. Ex-Pensionado en las Uni-
versidades de Roma y Bolonia

Y

JOSÉ SANTA-CRUZ TEIJEIRO

Doctor en Derecho, Laureado por la
Universidad de Bolonia

Volumen segundo

DERECHO DE OBLIGACIONES. — DERECHO DE FAMILIA
DERECHO HEREDITARIO

MADRID

EDITORIAL REUS, S. A.

PRECIADOS, 6

ACADEMIA «EDITORIAL REUS»

PRECIADOS, 1.—APARTADO 12.250

1931

ROBERTO DE RUGGIERO

Profesor de la R. Universidad de Nápoles

INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL

TRADUCCIÓN DE LA 4.^a EDICIÓN ITALIANA

ANOTADA Y CONCORDADA CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

POR

RAMÓN SERRANO SUÑER

Y

JOSÉ SANTA-CRUZ TEIJEIRO

Abogado del Estado y del Ilustre Colegio
de Zaragoza. Ex-Pensionado en las Uni-
versidades de Roma y Bolonia

Doctor en Derecho, Laureado por la
Universidad de Bolonia

Volumen segundo

DERECHO DE OBLIGACIONES. — DERECHO DE FAMILIA
DERECHO HEREDITARIO

MADRID

EDITORIAL REUS, S. A.

PRECIADOS, 6

ACADEMIA «EDITORIAL REUS»

PRECIADOS, 1.—APARTADO 12.250

1931

R 9/10
V. 1

FONDO BIBLIOGRAFICO
ALFONSO NORIEGA CANTU
Instituto Investigaciones Jurídicas
U. N. A. M.



**INVESTIGACIONES
JURÍDICAS**

Tratado Bibliográfico de la Sociedad Anónima EDITORIAL REUS
Ronda de Atocha, 15 duplicado (3159.)

INDICE

	<u>Págs.</u>
V. — DERECHOS DE OBLIGACIÓN...	I
SECCIÓN PRIMERA.—PARTE GENERAL.....	I
CAPITULO XVII. — <i>Naturaleza y elementos de la obligación</i>	I
§ 69.— <i>Concepto de la obligación.</i> —Noción de la relación, definición, elementos. El vínculo jurídico: su naturaleza y objeto. Patrimonialidad de la prestación: interés del acreedor y prestación. Obl. naturales. A) Derecho romano: a) fundamento de la distinción entre <i>obl. naturalis</i> y <i>obl. civilis</i> ; b) casos seguros y casados de <i>e. n.</i> ; c) efectos. B) Derecho civil: a) existencia de obl. naturales; b) su naturaleza y efectos: la <i>soluti volentio</i> ; c) casos de obl. naturales.....	I
§ 70.— <i>Objeto de la obligación: la prestación.</i> —Concepto y caracteres de la prestación: a) posibilidad; b) licitud; c) determinación. Especies: a) positiva y negativa: contenido del <i>dare</i> , del <i>facere</i> , del <i>non facere</i> ; b) simple y compleja; prestaciones cumulativas; c) duradera y transitoria. I. Obl. indivisibles: 1) indivisibilidad natural; 2) subjetiva; 3) legal. Refracción y efectos de la indivisibilidad. II. Obl. alternativas: concentración, derecho de elección y <i>ius variandi</i> ; imposibilidad sobrevenida. III. Obl. facultativas. IV. Obl. genéticas	28
§ 71.— <i>Prestaciones especiales.</i> —I. Prest. pecuniarias: el dinero, la moneda metálica y el papel moneda; valores, cursos, variaciones. II. Prest. de intereses: a) especies: intereses convencionales, legales: α) moratorios; β) compensatorios; b) tasa: legal, convencional, usuraria; contratos usurarios y represión de la usura; c) anatocismo. III. Prest. del <i>id quod interest</i> : concepto, función, naturaleza, causas: a) daño: resarcibilidad del daño moral; b) hecho culposo: relación de causalidad, daños directos e indirectos. medida del resarcimiento.....	46
§ 72.— <i>Sujetos de la obligación.</i> —I. Determinación de los sujetos: obl. ambulatorias, títulos al portador, ofertas al público. Pluralidad de sujetos: a) obl. mancomunadas simples; b) ídem solidarias. Concepto, fuentes, naturaleza de la solidaridad: rela-	

ción externa, relación interna y teoría de la representación. Especies de solidaridad: α) solidaridad activa: efectos del pago en la relación externa; novación, remisión, etc., y disposición del crédito; reembolso en la relación interna; β) solidaridad pasiva: efectos del pago, novación, remisión, etc., y unidad objetiva del débito; reembolso y subrogación legal.....	73
§ 73.— <i>Fuentes de la obligación</i> —Clasificaciones romana y moderna de las fuentes. El Código civil.....	96
CAPITULO XVIII.— <i>Efectos de la obligación</i>	101
§ 74.— <i>Cumplimiento</i> .—Concepto: a) naturaleza jurídica del pago; b) destinatario; c) persona que cumple. Pago con subrogación: naturaleza y origen de la subrogación, sus especies: a) convencional; β legal; d) objeto: <i>da tío in solutum</i> , imputación de pagos; e) tiempo: términos, presunciones, caducidad, renuncia, prórroga; f) lugar.....	101
§ 75.— <i>Incumplimiento</i> .—I. Incumplimiento por imposibilidad sobreviniente; sus causas: a) dolo; b) culpa sus especies y grados: α) culpa <i>in faciendo</i> , culpa <i>in non faciendo</i> ; β) culpa lata y leve, la culpa levísima, culpa <i>in abstracto</i> y culpa <i>in concreto</i> ; γ) culpa contractual y aquiliana, culpa <i>in contrahendo</i> , interés negativo; c) caso fortuito, concepto y elementos, fuerza mayor (guerra). II. Mora: sus especies: a) <i>mora solvendi</i> , requisitos: α) deuda cierta, líquida, exigible; β) interpelación Efectos: resarcimiento y <i>perpetuatio obligationis</i> . Purga: b) <i>mora accipiendi</i> , requisitos, oferta real y depósito, purga.....	120
§ 76.— <i>Protección y garantía del crédito</i> .—I. Medios de garantía. Especies: legales, convencionales: a) privilegios, su naturaleza y especies: α) generales; β) especiales sobre muebles; γ) especiales sobre inmuebles; b) derecho de retención; c) pena convencional; d) arras confirmatoria y <i>penitentialis</i> . II. Medidas conservativas: a) acción subrogatoria: funciones conservativa y ejecutiva, requisitos, aplicación; b) acción revocatoria: origen, naturaleza, función rescisoria. Requisitos: α) crédito anterior; β) <i>eventus damni</i> ; γ) <i>consilium fraudis</i> ; δ) actos impugnables. La revocatoria en el derecho de quiebra. III. Medios de ejecución. Prisión por deudas, ejecución sobre los bienes, procedimiento ejecutivo. Procedimiento de concurso, <i>cessio bonorum beneficium competentiae</i> , bien de familia....	148
CAPITULO XIX.— <i>Transmisión de las obligaciones</i>	186
§ 77.— <i>Cambio subjetivo en las obligaciones</i> .—Transmisibilidad activa y pasiva. Sucesión en el crédito y en el débito. Espe-	

cies de cambios subjetivos: a) novación; b) delegación: pura y titulada, activa y pasiva, simple y novatoria: α) novatoria activa; β) ídem pasiva; γ) simple; c) expromisión; d) asignación; e) asunción: α) simple; β) cumulativa; γ) novatoria; δ) privativa	186
§ 78.— <i>Cesión de créditos</i> .—Naturaleza y causas: a) requisitos: α) entre cedente y cesionario; β) frente a terceros; γ) en orden al objeto; créditos incedibles por naturaleza, por prohibición legal, retracto litigioso; b) efectos: α) entre cedente y cesionario: garantía <i>veritas</i> y <i>bonitas nominio</i> ; <i>cessio in solutum</i> o <i>pro soluto</i> y <i>cessio pro solvendo</i> ; β) frente a terceros.....	197
§ 79.— <i>Sucesión particular en las deudas</i> .—Concepto, admisibilidad, dogmática alemana. Asunción privativa o liberatoria: naturaleza del negocio.....	209
CAPITULO XX.— <i>Extinción de las obligaciones</i>	217
§ 80.— <i>Causas de extinción y sus clasificaciones</i> — Enumeración, causas comunes a otras relaciones jurídicas y especiales de las obligaciones. Modos generales y especiales que actúan <i>ipso iure</i> y <i>ope exceptionis</i> , voluntarios e involuntarios, satisfactorios y no satisfactorios.....	217
§ 81.— <i>Los modos singulares de extinción</i> .—I. Novación. Su naturaleza en Derecho romano y en el moderno. Requisitos: α) Obl. precedente; β) válida obligación nueva; γ) <i>animus novandi</i> ; δ) capacidad de las partes. Especies: a) objetiva; b) subjetiva. Efectos. II. Compensación. Su naturaleza en el Derecho romano y en el moderno. Especies: a) convencional y facultativa; b) judicial; c) legal. Requisitos de la compensación legal: α) créditos homogéneos; β) líquidos; γ) exigibles; δ) recíprocos. Obstáculos a la compensación: α) por voluntad de las partes; β) por prohibición legal. Efectos. III. Confusión. Sus causas y efectos. IV. Remisión. Su naturaleza: negocio gratuito u oneroso. Remisión tácita y expresa. Efectos. V. Anulación y rescisión: a) acción de anulación; caso y normas de su ejercicio; β) acción de rescisión; en qué se diferencia de la anterior.....	222
SECCIÓN II.— PARTE ESPECIAL	252
CAPITULO XXI.— <i>Obligaciones derivadas de contrato</i>	252
§ 82.— <i>El contrato: noción y especies</i> .—Idea del contrato en Derecho romano y en el moderno. Contrato, convención, pacto. Definición. Fundamento de la obligatoriedad de los contratos,	

teorías. Especies y clasificaciones. Contratos consensuales, reales, verbales y literales en Derecho romano; valor de los contratos consensuales y reales en Derecho moderno; contratos obligatorios y reales: α) bilaterales y unilaterales, bilaterales imperfectos; β) gratuitos y onerosos; γ) aleatorios y comutativos; δ) solemnes y no solemnes.	252
§ 83.— <i>Elementos del contrato.</i> —I. Capacidad de los contrayentes. Personas incapaces. II. Consentimiento: a) promesa unilateral; b) contrato consigo mismo. Elementos del consentimiento: α) oferta; β) aceptación, γ) conclusión del contrato; momento de la coincidencia de las voluntades. Teorías. III. Objeto: a) promesa del hecho de un tercero; b) contrato preliminar. Causa, su concepto, referencia. Falta, falsedad, ilicitud de la causa, efectos.	274
§ 84.— <i>Efectos del contrato.</i> —Vínculo entre las partes, irrevocabilidad: a) mutuo disenso; b) condición resolutoria tácita; c) cláusula <i>rebus sic stantibus</i> . Efectos entre las partes y respecto a terceros. Contratos en favor de terceros: doctrinas romana y moderna, prohibición del <i>contrahere alteri</i> , sus límites, discusiones Interpretación de los contratos	300
CAPITULO XXII.— <i>Los contratos en particular</i>	317
§ 85.— <i>Tipos y clasificaciones.</i> —Su agrupación según el objeto, el fin, etc.	317
§ 86.— <i>Compraventa.</i> —Diferencias entre la venta romana y la moderna. Elementos: a) consentimiento: α) promesa de venta; β) venta con reserva de dominio; γ) venta con <i>pactum additionis in diem</i> y con <i>pactum proclationis</i> ; δ) venta con pacto de retroventa; b) cosa: α) objeto relativamente indeterminado; β) venta a prueba o ensayo; γ) ventas de cosa futura y de esperanza; δ) venta de cosa ajena. Precio, sus cualidades, lesión enorme. Obligaciones del vendedor: a) entrega de la cosa; b) garantía por evicción; c) ídem por vicios ocultos: acción redhibitoria y acción estimatoria. Obligaciones del comprador.	320
§ 87.— <i>Permuta.</i> —Su estructura, aplicabilidad de las normas de la compraventa.	453
§ 88.— <i>Arrendamiento.</i> —Tipos diversos de arrendamiento según la tradición romana; defectos y lagunas del Código. I. Arrendamiento de cosas. Elementos: a) consentimiento; b) cosa; c) precio. Obligaciones del arrendador: a) entrega de la cosa; b) conservación; c) garantía del goce. Obligaciones del arrendatario: a) pago del precio; b) uso y custodia, subarriendo y	

cesión; <i>c</i>) restitución. Fin del contrato. Causas varias. Venta de la cosa arrendada. II. Contratos agrarios: <i>a</i>) colonia o aparcería; <i>b</i>) arrendamiento de ganados; <i>α</i>) simple; <i>β</i>) a mitad; <i>γ</i>) de hierro; <i>δ</i>) con el mediero; <i>c</i>) arrendamientos colectivos. III. Arrendamiento de obras o contrato de trabajo, normas legales incompletas, protección del trabajador, legislación social. Obligaciones del trabajador: prestación del trabajo, diligencia, duración, secretos, reglamentos internos. Obligaciones del patrono: salario, trabajo continuado, descanso, medidas de seguridad. IV. Arrendamiento de obra o contrato de empresa. Contrato. Obligaciones del contratista: ejecución de la obra, suministro de la materia, entrega, garantía. Obligaciones del comitente. Fin. Transporte. Obligaciones del porteador y del remitente.....	455
§ 89.— <i>Sociedad</i> .—Concepto y requisitos. Sociedad civil y mercantil: <i>a</i>) universal: <i>soc. omnium bonorum</i> , <i>soc. quoestus</i> ; <i>b</i>) particulares: <i>soc. unius rei</i> , <i>soc. alienius negotiationis</i> . Las sociedades comerciales, sus especies: <i>a</i>) según la responsabilidad de los socios: <i>soc. colectivas</i> , <i>comanditarias</i> , <i>anónimas</i> ; <i>b</i>) según el capital: <i>asociaciones de aseguración mutua</i> , <i>soc. cooperativas</i> . La asociación en participación. Obligaciones: <i>A</i>) en el aspecto interno: entrega de la aportación, cooperación, distribución de utilidades y cargas, administración; <i>B</i>) en el aspecto externo. Fin.....	520
§ 90.— <i>Comodato</i> .—Concepto, caracteres, requisitos. Obligaciones del comodatario: restitución, uso, custodia. Obligaciones del comodante. Fin.....	538
§ 91.— <i>Mutuo</i> .—Concepto, caracteres y requisitos. Obligaciones del mutuuario y del mutuante.....	543
§ 92.— <i>Depósito y secuestro</i> .—La custodia: <i>a</i>) depósito, sus especies: <i>α</i>) voluntario; <i>β</i>) necesario; <i>γ</i>) irregular: depósito bancario; <i>b</i>) secuestro. Obligaciones del depositario y del depositante.....	547
§ 93.— <i>Mandato</i> .—Mandato y representación. comisión. Requisitos. Obligaciones del mandatario y del mandante. Fin.....	559
§ 94.— <i>Donación</i> .—Concepto. La donación en la sistemática. La <i>don. mortis causa</i> . Donación y acto a título gratuito; liberalidades objetivas y subjetivas. Requisitos: <i>a</i>) capacidad de las partes: prohibición de las donaciones entre cónyuges; <i>b</i>) forma y objeto: donación universal, donación universal y donativos; <i>c</i>) efectos: donación real, obligatoria, liberatoria. Obliga-	

ciones del donante y del donatario. Reversibilidad. Revocación, sus causas: α) por incumplimiento de las cargas; β) por ingratitud; γ) por superveniencia de hijos. Resolución.	570
§ 95.— <i>Rentas perpetuas y contrato vitalicio.</i> —I. Renta perpetua. Precedentes históricos: los censos. Renta fundiaria (censo reservativo) y renta simple (censo consignativo). Redimibilidad de los censos, irrepitibilidad del capital. Naturaleza jurídica de la carga. II. Contrato vitalicio. Caracteres: aleatoriedad, gratuidad, conmutatividad. Obligaciones.	592
§ 96.— <i>Juego y apuesta.</i> —Concepto. Diferencias entre juego y apuesta. Distinción de los varios juegos: ilícitos, socialmente útiles, consistentes en ejercicios físicos; socialmente inútiles, extraños a todo ejercicio corporal. Juegos provistos de acción. Juegos generadores de una obligación natural.	602
§ 97.— <i>Fideiussio o fianza y anticresis.</i> —Fianza. Su finalidad. Caracteres: accesoriedad. Requisitos: <i>a</i>) consentimiento; <i>b</i>) obligación principal. Obligaciones: <i>A</i>) entre acreedor y fiador; <i>B</i>) entre deudor y fiador: <i>beneficium fideiussor fideiussoris</i> . Fin. II. Anticresis.	606
§ 98.— <i>Transacción y compromiso.</i> —I. Transacción. Sus elementos: capacidad, objeto, incerteza de la relación, intención de los contrayentes. Efectos. II. Compromiso. Relaciones y afinidad con la transacción y la conciliación. Capacidad. Objeto. Cláusula compromisoria.	617
CAPITULO XXIII.— <i>Obligaciones derivadas del cuasi-contrato.</i>	627
§ 99.— <i>El cuasi-contrato, noción y especies.</i> —Determinación negativa del concepto, definición legal.	627
§ 100.— <i>Gestión de negocios ajenos.</i> —Concepto y justificación. Requisitos: <i>a</i>) acto de gestión; <i>b</i>) negocio ajeno; <i>c</i>) <i>contemplatio domini</i> : gestión impropia; <i>d</i>) ignorancia del <i>dominus</i> ?, gestión asumida, <i>prohibente domino</i> . Obligaciones del gestor y del interesado.	630
§ 101.— <i>Repetición de lo indebido.</i> —El enriquecimiento injusto y el fundamento de la repetición. El error del <i>solvens</i> ; éste es indiferente en la O. natural. La obligación de la restitución en el accipiente y en los terceros: buena y mala fe.	637
CAPITULO XXIV.— <i>Obligaciones procedentes del delito y del cuasi-delito.</i>	643
§ 102.— <i>Noción y consecuencia del acto ilícito.</i> —El acto ilícito en general. Concepto y figuras romanos del delito y del cuasi-	

delito. Concepto moderno, noción abstracta. Discusiones, criterios de distinción entre delito y cuasi-delito. Casos de responsabilidad objetiva. Requisitos: a) delito y violación del derecho; b) hecho positivo; c) delito civil y delito penal; d) daño; e) imputabilidad del hecho lesivo. Efectos Responsabilidad por el hecho ajeno.....	643
VI.—DERECHOS DE FAMILIA.....	657
CAPITULO XXV.— <i>Principios generales del derecho familiar</i>	657
§ 103.— <i>Naturaleza del derecho familiar.</i> —Posición especial del derecho de familia. Estados y condiciones personales. La preeminencia que el deber tiene en los derechos familiares; la familia como organismo social y el interés superior. Separación de las normas del derecho familiar de las del derecho privado. Consecuencias de la libertad limitada del particular: a) inaplicabilidad de la representación; b) de los términos y condiciones; c) de la renuncia; d) amplia intervención de la autoridad pública.....	657
§ 104.— <i>La familia, los poderes, los órganos.</i> —Significados de familia. Vínculos y poderes familiares. Coordinación y subordinación. Organos de los poderes Clasificación de los poderes según sus funciones (funciones de constitución de relaciones, de autorización, de aprobación, de fiscalización, etc.). Especies de poderes y personas investidas de ellos: a) padres; b, ascendientes legítimos; c) otros parientes; d) afines; e) cónyuge; f) tutor; g) protutor; h) curador. Colegios: a) consejo de familia; b) consejo de tutela. II. Organos del Estado: a) Ministerio fiscal; b) Pretor; c) Presidente del Tribunal; d) Tribunal; e) Corte de Apelación; f) Consejo de Estado; g) funcionarios del Estado civil; h) soberano; i) otras autoridades.....	668
§ 105.— <i>Derechos patrimoniales familiares.</i> —Efectos patrimoniales de las relaciones familiares. Estructura especial de éstas. Preeminencia del interés familiar sobre el individual El poder o vínculo familiar supuesto de la relación patrimonial. Carácter absoluto de estos derechos; su publicidad. Instituciones fundamentales: referencia. Obligación alimentaria. Naturaleza jurídica y caracteres. Personas a quien se impone tal obligación: 1) cónyuge; 2) padre); 3) abuelos y ascendientes; 4) hijos y ulteriores descendientes; 5) afines; 6) hermanos y hermanas. Condiciones y contenido de la prestación alimenticia.....	689

CAPITULO XXVI.—Matrimonio	712
§ 106.— <i>Concepto del matrimonio y de los esponsales.</i> —I. Matrimonio. Concepto de la sociedad conyugal. Definiciones clásicas. Matrimonio romano: <i>affectio maritalis et deductio in domum</i> . Matrimonio canónico: el sacramento y la indisolubilidad. Matrimonio civil: caracter laico. Naturaleza jurídica del mismo: concepción contractualista con sentimiento inicial y perpetuidad del vínculo, participación del Estado en el acto.—II. Esponsales. Definición, su nó obligatoriedad, ruptura de esponsales y abono de gastos.....	712
§ 107.— <i>Requisitos para contraer matrimonio.</i> —Doctrina de los impedimentos matrimoniales, precedentes de derecho canónico.—I. Requisitos substantivos; 1) diversidad de sexo; 2) pubertad; 3) consentimiento de los esposos, consentimiento oral y personal, capacidad de los esposos, vicios del consentimiento (error); 4) consentimiento de los ascendientes; 5) inexistencia de determinados vínculos de parentesco o de sangre; 6) estado libre; 7) no comisión de crimen; 8) transcurso de diez meses para la mujer. Requisitos de forma: a) formalidades preliminares: publicaciones, dispensa, matrimonio <i>in extremis</i> ; b) celebración del matrimonio: función del oficial del estado civil, declaración oral, contestación escrita.....	730
§ 108.— <i>Oposición a la celebración y nulidad del matrimonio.</i> —I. Oposición a la celebración. Naturaleza de la oposición, personas a quienes corresponde entablarla, causas de admisión.—II. Nulidad y anulabilidad del matrimonio: a) causas de nulidad; b) causas de anulabilidad y de convalidación: 1) defecto de edad; 2) vicio del consentimiento; 3) interdicción por enfermedad mental; 4) falta de consentimiento de los padres; 5) impotencia: especies de impotencia; 6) incompetencia del oficial del estado civil; 7) defecto de forma en la celebración. Efectos del matrimonio nulo y anulado; matrimonio putativo; efectos	752
§ 109.— <i>Efectos del matrimonio: A. Relaciones personales entre cónyuges.</i> —Efectos varios y vínculos conyugales y parentales.—I. Derechos y deberes de los cónyuges: a) cohabitación; b) fidelidad; c) asistencia.—II. Poder marital; su contenido actual después de abolida la autorización marital.....	768
§ 110.— <i>B. Relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Convenciones o capitulaciones matrimoniales.</i> —Efectos patrimoniales del matrimonio. Regímenes económicos matrimoniales: el régimen	

legal de la separación y los regímenes convencionales de dote y de comunidad. Sus relaciones. Capitulaciones matrimoniales: <i>a)</i> capacidad de los contrayentes; <i>b)</i> tiempo de la convención; <i>c)</i> invariabilidad de la misma; <i>d)</i> forma: documento público; <i>e)</i> contenido y limitaciones: inderogabilidad de las normas sobre poderes familiares, sucesión, etc.	776
§ 111.—B. <i>Relaciones patrimoniales entre cónyuges. Régimen dotal.</i> La dote y los <i>onera matrimonii</i> . Análisis del régimen dotal: <i>a)</i> Objeto: bienes presentes y futuros, cosas singulares y universalidades; la estimación: <i>a)</i> dote de cantidad; <i>β)</i> dote de especie; <i>b)</i> constitución: expresa designación de los bienes; <i>α)</i> constituyente: esposa, terceros extraños, padres, distribución entre éstos; <i>β)</i> tiempo de constitución; <i>γ)</i> forma; <i>ς)</i> naturaleza jurídica del acto, a título oneroso y a título gratuito; <i>ε)</i> garantía de la dote, intereses; <i>η)</i> <i>spillatico</i> y lucros dotales; <i>c)</i> administración de los bienes dotales: poderes del marido y derecho de goce: su analogía con el usufructo: obligación y cargas; <i>d)</i> vinculación de los bienes dotales: inalienabilidad, imprescriptibilidad, inexpropiabilidad; <i>e)</i> restitución de la dote: causas, modo y tiempo de la restttución: frutos e intereses de la dote; <i>f)</i> separación de la dote: causas, persona apta para demandarla, ejercicio de la acción, efectos de la sentencia que ordena la separación	789
§ 112 B.— <i>Relaciones patrimoniales entre cónyuges. — Régimen de comunidad de bienes.</i> — Origen y naturaleza jurídica. La comunidad conyugal germánica y la del Código; diferencias; teoría de la comunidad conyugal de la sociedad civil universal. Orden de las normas reguladoras. Bienes, objeto de la comunidad de frutos: frutos, productos y adquisiciones, activo y pasivo. Forma. Cuotas, administración y goce: indisponibilidad de las cuotas; indivisibilidad de la comunidad; poderes del marido. Independencia del patrimonio común de los patrimonios particulares perteneciente a los cónyuges. Disolución: sus causas, separación judicial, detracciones, beneficios concedidos a la mujer	815
§ 113.—B. <i>Relaciones patrimoniales entre cónyuges. — Régimen de separación de bienes.</i> — Bienes libres o parafernales. Independencia económica de los patrimonios. Administración por el marido de los bienes libres. Casos y responsabilidad	830
§ 114.— <i>Disolución del patrimonio y separación de los cónyuges.</i> — Diferencias entre disolución, anulación, separación personal,	

I. Disolución: muerte, ausencia, divorcio (razones en pro y en contra del divorcio en Italia). II. Separación personal: su limitado influjo en los deberes conyugales, temporalidad; 1) separación judicial, sus causas; a) adulterio; b) abandono voluntario; c) malos tratamientos; d) condena; e) negativa a fijar la residencia. Efectos personales; 2) separación consensual. Reconciliación y fin de la separación. Segundas nupcias.....	833
CAPITULO XXVII.— <i>Filiación</i>	854
§ 115.— <i>Filiación legítima</i> .—Sus condiciones: 1) matrimonio; 2) maternidad; 3) paternidad: presunción, período legal de concepción. Principios, prueba de la legitimidad, acta de nacimiento y posesión de estado. Acciones de estado: A) acciones de contestación de estado: a) acción de desconocimiento, ejercicio a quien corresponde; b) acción de contestación de legitimidad; c) acción de contestación del estado legítimo; B) acción de reclamación de estado.	854
§ 116.— <i>Filiación natural</i> .—I. Hijos naturales reconocidos: a) reconocimiento, caracteres de este acto, forma y tiempo; b) declaración judicial. Investigación de la maternidad; prohibición de la investigación de la paternidad. Efectos del reconocimiento: relaciones personales; c) relaciones patrimoniales. II. Hijos adulterinos e incestuosos: derecho de alimentos. ...	866
§ 117.— <i>Legitimación. Adopción</i> .—I. Legitimación: sus especies: a) por subsiguiente matrimonio; b) por decreto. Legitimación del hijo premuerto. Efectos. II. Adopción. Precedentes históricos, reformas. Fin y carácter de la adopción. Requisitos: a) edad; b) fin; c) vínculo; a) forma. Efectos personales y patrimoniales.....	880
§ 118.— <i>Relaciones jurídicas entre padres e hijos</i> .—Relaciones personales y patrimoniales. Patria potestad, concepto, atributos: a) a quien corresponde; b) autoridad educativa y disciplinaria, obediencia, extravíos del hijo, excesos y abusos del padre; c) poderes de representación y administración: actos de simple administración y de disposición, responsabilidad, conflicto de intereses, exclusión y caducidad del poder de administración; d) usufructo legal: a quién corresponde, sobre qué bienes recae, en qué se distingue del usufructo ordinario, cesación o exclusión. Extinción de la patria potestad: mayor edad, emancipación, condena penal, abuso.....	890
CAPITULO XXVIII.— <i>Tutela y curatela</i>	906

- § 119.—*Instituciones de protección de incapaces.*—Funciones de protección. Origen histórico de la tutela y de la curatela. Analogías y diferencias entre las instituciones de Derecho romano y las modernas normas del Código y otras leyes..... 906
- § 120.—*La tutela.*—*Concepto, especies, delación.*—I. Definición y concepto de la tutela. Sus caracteres: función pública, obligatoria, gratuita, poder general indivisible. II. Especies: a) tutela de menores; b) ídem de mayores: interdicción, requisitos necesarios a su declaración, efectos en las personas y en los actos. III. Delación de la tutela: a) testamentaria; b) legítima; c) dativa..... 91
- § 121.—*Organos y constitución de la tutela.*—Organos fundamentales. I. Tutor: órgano ejecutivo, sus funciones y poderes. II. Protutor: sus funciones y poderes. III. Consejo de familia: órgano directivo y deliberante permanente, colegial: su composición, sus funciones, dispensa capacidad, exclusión y remoción..... 928
- § 122.—*Ejercicio y cesación de la tutela.*—I. Ejercicio de la tutela: a) actos preliminares: caución, su dispensa, inventario, su contenido; b) actos de administración: límites y garantías, sus clases: 1) actos de simple administración; 2) actos de administración extraordinaria; 3) actos de enajenación o de disposición. Acciones tutelares en contra y en favor del tutor..... 939
- § 123.—*La curatela.*—Definición de la curatela, variedad de tipos, curatela general. La asistencia a la persona y la protección de su patrimonio. Caracteres de la curatela. II. Especies: a) curatela de menores emancipados: curatela legítima y dativa; b) curatela de los mayores de edad: inhabilitación, requisitos para su declaración, efectos en la persona y en los actos. Cesación. Organos de la curatela. Curador. Consejo de familia o de tutela..... 95
- § 124.—*Curatelas especiales.*—Especies: 1) curador de los hijos del ausente; 2) curador del vientre; 3) curador del no concebido; 4) curador de la herencia yacente; 5) curador en los conflictos de intereses; 6) curador del hijo menor favorecido con liberalidades; 7) curador del interdictando e inhabilitando; 8) curador para el matrimonio del inhabilitado; 9) curador en el caso de abuso de la patria potestad; 10) curador para el juicio de desconocimiento de la paternidad; 11) curador del emancipado para la rendición de cuentas; 12) curador para los hijos del primer matrimonio; 13) curador del demandado;

14) curador de la herencia beneficiada; 15) curador de la memoria del difunto	962
VII. —DERECHO HEREDITARIO.....	971
SECCIÓN PRIMERA.—PARTE GENERAL.....	971
CAPITULO XXIX.— <i>Principios fundamentales del Derecho hereditario</i>	971
§ 125.— <i>La sucesión a causa de muerte</i> .—Concepto de la herencia: sucesiones universal y particular. Concepción romana de la <i>hereditas</i> ; concepción moderna. Consecuencias de la <i>successio in universum ius</i> . Causas de la sucesión hereditaria: testamento, ley; los pactos sucesorios. Fundamento racional de la sucesión legítima. Relación de la vocación testamentaria con la legítima.....	971
§ 126.— <i>Apertura de la sucesión y delación hereditaria</i> .—Concepto y momento de la apertura. Concepto y supuestos de la delación. Adquisición de la herencia. Delación única y delaciones sucesivas. Transmisibilidad de la delación.	984
§ 127.— <i>Adquisición, aceptación y renuncia de la herencia</i> .—Adquisición: la <i>aditio hereditatis</i> y la adquisición en Derecho romano; el Derecho germánico y la <i>saisine</i> hereditaria; el tránsito <i>ipso iure</i> de la posesión y de la propiedad al heredero, según el Código civil. Aceptación: su naturaleza y función; prescripción de la facultad de aceptar. Capacidad del aceptante. Formas: aceptación expresa, tácita. Efectos: aceptación pura y simple y con beneficio de inventario. Renuncia: su naturaleza y revocabilidad. Modos de renunciar: capacidad. Efectos. Renuncia en perjuicio de los acreedores.....	
§ 128.— <i>La herencia yacente</i> .—Concepto de la yacencia. Casos previstos por el Código; curador.....	992 1009
CAPITULO XXX.— <i>Efectos de la sucesión hereditaria</i>	1012
§ 129.— <i>Derecho y obligaciones del heredero</i> .—Efectos generales. Derechos y obligaciones transmisibles al heredero. Confusión de patrimonios: sus efectos. Cumplimiento de las cargas hereditarias: deudas, legados. Acciones concedidas al heredero. La <i>petitio hereditatis</i> . Su naturaleza jurídica y condiciones de su ejercicio: α) legitimación activa; β) legitimación pasiva; γ) efectos: el heredero aparente buena y mala fe, responsabilidad del heredero y de los terceros adquirentes de buena y de mala fe.....	1012
§ 130.— <i>Beneficio de inventario y separación de patrimonios</i> .—Be-	

<p>neficio de inventario, su función en provecho del heredero. Elementos; declaración solemne e inventario. Personas a quienes corresponde. Formalidades y términos. Caducidad. Efectos: antes de la aceptación y después; no responsabilidad del heredero beneficiado <i>ultra vires hereditatis</i>; límite de los poderes de administrar y disponer, cesión de los bienes hereditarios. Separación de los patrimonios del difunto y del heredero. Su naturaleza jurídica y su función en provecho de los acreedores del difunto; la vinculación objetiva de los bienes y la ilimitada responsabilidad del heredero; acreedores separatistas y no separatistas. Personas a quienes corresponde, modos y términos de su ejercicio.....</p>	1025
<p>§ 131.—<i>Derecho de acrecer.</i>—Concepto y fundamento del derecho de acrecer. Requisitos: llamamiento conjunto sin atribución de parte; porción vacante. Efectos. El derecho de acrecer entre colegatarios.....</p>	1039
<p>§ 132.—<i>Comunidad hereditaria y división.</i>—Comunidad en todas las relaciones jurídicas; división <i>ipso iure</i> de las deudas y de los créditos. Pago por uno solo y acción de reembolso. División: derecho imprescriptible. Operaciones divisorias. Formación y estimación del caudal partible; sus porciones; atribución. Efectos y naturaleza de la división: carácter declarativo. La garantía por evicción entre coparticipes. La acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte. División por el ascendiente entre sus descendientes. Su naturaleza y efectos.</p>	1045
<p>§ 133.—<i>Colación e imputación.</i>—Concepto y función de la colación: la igualdad entre coherederos descendientes y la voluntad opuesta del causante. Relación y diferencias entre colación y reunión ficticia, reducción de liberalidades, imputación en sentido técnico, colación de deudas. Requisitos de la colación: a) personas obligadas a colacionar: descendientes donatarios que tengan la cualidad de heredero. Dispensa de la colación; b) personas con derecho a la colación: descendientes coherederos; el art. 1.014 del Código civil y su interpretación; c) cosas sujetas a colación, donaciones directas e indirectas; cosas exentas de colación; d) modos de aportar o colacionar: en especie o por imputación. La imputación en sentido técnico como obligación de los legitimarios.....</p>	1056
<p>SECCIÓN II.—PARTE ESPECIAL.....</p>	1070
<p>A.—SUCESIÓN LEGÍTIMA.....</p>	1070
<p>CAPITULO XXXI. <i>Condiciones de la delación legítima.</i></p>	1070

- § 134.—*Capacidad para suceder.*—Capacidad y existencia del sucesor; supervivencia al difunto. Quienes son incapaces de suceder: *a)* no concebido; *b)* nacido no viable; *c)* ausente; *d)* premuerto; *e)* indigno: concepto de indignidad y rehabilitación. Causas y efectos de la indignidad.....:..... 1070
- § 135.—*Derecho de representación.*—Sucesión por derecho propio y por representación. Concepto y fines de la representación. Condiciones: *a)* el representante, hijo o descendiente del representado; *b)* el representado, hijo descendiente o hermano del *de cuius*; *c)* premoriencia, indignidad, ausencia del representado: no es posible la representación del renunciante..... 1077
- CAPITULO XXXII.—*Orden de los llamamientos en la sucesión legítima*..... 1083
- § 136.—*Principios fundamentales de la sucesión legal.*—Causas o títulos de esta sucesión; parentesco legítimo, natural, matrimonio, ciudadanía, fundamento racional. Conceptos de clase y orden de los sucesores. El criterio de la proximidad de grado. Los principios de prerrogativa de la línea y del origen de los bienes: artículos 722 y 739..... 1083
- § 137.—*Sucesión de los parientes legítimos.*—I. Descendientes: cómo son llamados los hijos y ulteriores descendientes; cómo se distribuye la herencia entre ellos. II. Descendientes hermanos y hermanas: 1) ascendientes solos; distribución entre abuelos paternos y maternos; 2) hermanos y hermanas solos: concurrencia de germanos con unilaterales, *quota facti* y *quota iuris*; 3) ascendientes que concurren con hermanos y hermanas; modo de distribución, mínimo debido a los ascendientes. III. Colaterales..... 1088
- § 138.—*Sucesión de los parientes naturales.*—Hijos naturales: condiciones para suceder: 1) concurrencia con hijos legítimos: *quota* de derecho y forma de pago: si en el caso de tal concurrencia el hijo natural es heredero; 2) concurrencia con ascendientes y cónyuge; 3) adquisición de toda la herencia. Hijos adulterinos e incestuosos; naturaleza y medida de su derecho. Padres naturales..... 1095
- § 139.—*Sucesión de cónyuge superviviente.*—Variabilidad del carácter y medida del derecho del cónyuge, según la concurrencia. Los distintos casos de concurrencia: 1) concurrencia con hijos legítimos y naturales: naturaleza del derecho, fijación de la cuota, modo de pago: si el cónyuge es heredero; 2) 3) otros casos de concurrencia. Obligación de imputar..... 1100

§ 140.— <i>Sucesión del Estado.</i> —Naturaleza del derecho del Estado: limitación de su responsabilidad por las deudas hereditarias.	1107
B.—SUCESIÓN TESTAMENTARIA	1112
CAPITULO XXXIII.— <i>Condiciones o supuestos de la delación testamentaria</i>	1112
§ 141.— <i>Capacidad para testar y recibir por testamento.</i> —Capacidad de testar. Causas de incapacidad: edad, interdicción, enfermedad mental, condena. Momento de la incapacidad. Los vicios de la voluntad. Especial consideración del error. Capacidad para recibir. Incapacidad absoluta y relativa: <i>a)</i> personas colectivas existentes de hecho, instituciones a fundar, entidades eclesiásticas suprimidas; <i>b)</i> indignos; <i>c)</i> tutores; <i>d)</i> notarios y testigos; <i>e)</i> hijos naturales; <i>f)</i> cónyuge del binubo	1112
§ 142.— <i>Limitaciones impuestas a la libertad de disponer.</i> —Concepto y carácter de la reserva. Razón y origen de la institución: la sucesión necesaria es sucesión legítima y la reserva cuota hereditaria. Intangibilidad. Caucción sociniana. Clase de reservatarios: <i>a)</i> descendientes; <i>b)</i> ascendientes; <i>c)</i> cónyuge supérstite; naturaleza de esta reserva; <i>d)</i> hijos naturales. Acción de reducción. Cuándo procede y cómo se ejercita; reducción de las liberalidades testamentarias y de las donaciones . .	1121
CAPITULO XXXIV.— <i>El testamento y sus formas</i>	1134
§ 143.— <i>Concepto y caracteres del testamento.</i> —Definición. Caracteres: <i>a)</i> acto unilateral; prohibición del testamento conjunto y del recíproco; <i>b)</i> acto <i>mortis causa</i> ; <i>c)</i> acto revocable; <i>d)</i> acto de disposición de bienes: disposición de bienes propios y ajenos: disposiciones no patrimoniales; <i>e)</i> de si el testamento es acto de liberalidad; <i>f)</i> acto formal y solemne	1134
§ 144.— <i>Formas y especies de testamento.</i> —Testamentos ordinarios: 1) testamento ológrafo: solemnidades de escritura, fecha y firma; 2) testamento público: solemnidades especiales; 3) testamento secreto: redacción, entrega y depósito; 4) testamentos especiales: testamento en tiempo de epidemia, marítimo, militar.	1139
CAPITULO XXXV.— <i>Contenido del testamento</i>	1147
§ 145.— <i>Condiciones de la validez de las disposiciones testamentarias.</i> —Examen de estas condiciones: <i>a)</i> voluntad libre de vicios; <i>b)</i> voluntad personal del testador: arbitrio del tercero en la determinación de la persona o del objeto; <i>c)</i> certeza del fá-	

- vorecido: α) disposiciones para el alma; β) disposiciones en favor de los pobres; δ) declaración personal y escrita: disposiciones fiduciarias, su nulidad 1147
- § 146.—*La institución de heredero.*—*La institutio heredis* en Derecho romano: el *legatum partitionis* y la *institutio ex re certa*. La determinación del heredero por el tenor de la disposición; testamentos sin institución de heredero, soluciones. Modalidades añadidas a la institución: α) condiciones: condición suspensiva, providencias a adoptar durante su pendencia; inaplicabilidad de la condición resolutoria; condiciones ilícitas e imposibles; condiciones de celibato y viudez, condiciones captatorias; β) términos: su inaplicabilidad; γ) modo 1153
- § 147.—*Sustitución* —I. Sustitución vulgar. Es directa y permitida. Llamamiento único. Requisitos: α) respecto al instituido; β) respecto al sustituto; γ) instituciones plurales; δ) sustitución recíproca; ϵ) cláusulas. II. Sustitución fideicomisaria. Es oblicua y prohibida. Razón y rigor de la prohibición: nulidad de la sustitución, validez de la institución. Requisitos: α) doble vocación; β) obligación de conservar y restituir; γ) orden sucesivo. El usufructo sucesivo. El fideicomiso de *residuo*. 1160
- § 148.—*El legado.*—Concepto: el elemento de la liberalidad, el fenómeno de la sucesión al testador; definiciones negativas. Sujetos del legado: disponente, gravado, favorecido. El prelegado. Objeto y especies: α) legado de cosa determinada; β) legado de género; γ) legado de cosa a tomar de un lugar determinado; δ) legado alternativo; ϵ) legado de universalidad; ζ) legado de crédito, *legatum liberationis* y legado de deuda; η) legados anuales o periódicos; θ) legado de cosa ajena. Modalidades de los legados. Adquisición: adquisición *ipso iure* y momento de la adquisición, la posesión de la cosa legada, acciones del legatario, accesorios y frutos de la cosa legada 1169
- § 149.—*Revocación e ineficacia de las disposiciones testamentarias.*—Revocación: revocación del testamento y de las disposiciones singulares. Revocación expresa, tácita, legal o presunta: Supervenencia de hijos. Nulidad. Caducidad: sus causas. El derecho de representación en las disposiciones testamentarias 1182
- § 150.—*Ejecutores testamentarios.*—Origen y construcción dogmática de la institución. Representación del testador. Caracteres: oficio privado, libre, gratuito, personal. Funciones: poderes de vigilancia, administración y disposición. Posesión de bienes muebles. Obligaciones del ejecutor. Fin de su cometido. 1187

DERECHO DE OBLIGACIONES

SECCION PRIMERA

PARTE GENERAL

CAPITULO XVII

Naturaleza y elementos de la obligación

§ 69.—*Concepto de la obligación*

Brugi, Ist. §§ 51, 53; Pacifici, Ist. IV, pág. 1; Chironi, Ist. II, §§ 249, 250; Polacco, Obbl. §§ 1-4, 14, 29; Crome, Obbl. §§ 1-3; Zachariae, Man. II; §§ 276, 277; Andry et Rau, Cours. IV, §§ 296, 297; Planiol, Traité II, números 155, 337 y siguientes; Windscheid, Pand. II, 1, §§ 250, 251, 287, 289(1).

Obligación, en su acepción más lata, es palabra que significa toda especie de vínculo o sujeción de la persona, cualquiera que sea su origen y contenido. Pueden, pues, incluirse en tal concep-

(1) En lo que se refiere a la doctrina de las obligaciones en la parte general que expone los principios fundamentales de la relación obligatoria y en la especial, consagrada al estudio de los tipos obligacionales específicos, según las fuentes de que derivan, hay una copiosa literatura jurídica. Entre las más importantes recordamos: en orden al Derecho romano, Unterholzner, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen*, 1840; Savigny, *Das Obligationenrecht*, 1851-53 (trad. it. de Pacchioni, con apéndices; 2 volúmenes, Torino, 1912-15); Molitor, *Les obligations en droit rom. avec l'indication des rapports entre la legisl. rom. et le droit fr.*, 2.^a ed., 1867; Kuntze, *Die obligationen im röm. und heut. Recht*, Leipzig, 1886; De Crescenzo y Ferrini, *Obligazione* (en *Enc. Giur.*); para el derecho germánico, ver Koch, *Das Recht der Forderungen nach gem. und preuss. Recht*, 1859-60; Ryck, *Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gem. deut. Rechte*, 1883-89; Hasen-

to las obligaciones impuestas al individuo por la moral, la conveniencia, el honor, los usos sociales, y aquellas otras establecidas por las normas jurídicas, ya pertenezcan éstas al Derecho público o al privado. La palabra, con el alcance que aquí es empleada, comprende las de la última especie, y no todas, sino aquellas tan sólo que nacen de relaciones entre persona y persona, tienen contenido patrimonial e implican en una persona el deber de hacer a otra una determinada prestación, y en ésta la facultad de exigirla de aquélla. No tienen, en efecto, carácter jurídico las obligaciones que derivan de normas no jurídicas, ni entran en el campo del Derecho privado las innumerables obligaciones que las normas de Derecho público imponen al ciudadano; y si en el particular aparecen obligaciones que derivan de relaciones personales de familia o de aquellas otras de carácter real, no las comprende todas la obligación tomada en sentido técnico; las profundas diferencias que separa el derecho de obligaciones, el de familia y los derechos reales fueron ya estudiadas en su oportuno lugar (1).

En sentido técnico, pues, obligación (correspondiente a la *obligatio* de la terminología romana), expresa principal y normalmente la relación jurídica, en virtud de la cual una persona

hörl, *Das Osterreichische Obligationenrecht*, 1878-86; Dernburg, *Die Schuldverhältnisse*, Halle, 1899; Saleilles, *Theorie générale de l'obligation d'après le projet du C. civ. allem.*, 2.^a ed., París, 1901; para el derecho francés, Pothier, *Traité des contrats et obligations en general*, 1821; Larombière, *Theorie et pratique des obligations*, última edición, 1885; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Delle obbligazioni*, vol. I (trad. it. de Bonfante), Milano; Crome, *Teorie fondam. delle obbligazioni nel diritto francese* (traducción italiana de Ascoli y Cammeo), Milano, 1908; Bendant, *Les contrats et les obligations*, París, 1906; para el nuevo derecho suizo: Martín, *Le Code des obligations*, Geneve, 1911; para el derecho italiano, Giorgi, *Teorie delle obbligazioni nel dir. moderno it.*, 7.^a ed., Firenze, 1907-1911; Lomonaco, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere* (coll. del Fiore), Napoli, 2.^a ed., 1912-1915; Polacco, *Le oblig. nel dir. civ. it.*, 2.^a ed., Roma, 1914-15; Carboni, *Delle oblig. nel dir. odierno*, Torino, 1912; Filomusi, *Delle obbligazioni, Parte generale*, Roma, 1920. En el aspecto histórico: Schupfer, *Le obbligazioni nelle storia del diritto it.* (tres volúmenes), Torino, 1921.

(1) Vol. I, páginas 221 y siguientes.

(deudor) debe una determinada prestación a otra (acreedor), que tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera a satisfacerla. Pero muy frecuentemente esta palabra se emplea para indicar uno solamente de los dos aspectos que la relación ofrece: el aspecto pasivo para designar el deber del deudor, es decir, el débito, o el aspecto activo para indicar el derecho o la pretensión del acreedor, o sea el crédito (1). Raramente se usa para expresar la causa generadora de la relación obligacional (2).

La noción de la relación obligatoria acogida por el Derecho moderno no difiere en sus líneas generales de la tan admirablemente construída por los jurisconsultos romanos. En ésta, más que en ninguna otra esfera del Derecho privado, las doctrinas romanas han conservado toda su vitalidad, en forma tal, que no es posible entender gran parte de las normas actuales sin recurrir a los precedentes romanos. Esto no quiere decir que la materia no haya sufrido modificaciones por efecto del Derecho intermedio, y aun puede afirmarse que las sufrió profundas (3); desapareció el formalismo rígido que impedía a la libre voluntad el crear vínculos sin la observancia de formas solemnes o determinadas, se sustituyeron los férreos principios que antes imperaban por aquel otro, según el cual la voluntad, como quiera que se manifieste, y el simple consentimiento, son elementos decisivos en la generación obligatoria; se modificó también otro prin-

(1) A esta doble significación corresponden las denominaciones que los escritores alemanes suelen dar a la doctrina de las obligaciones: *Schuldverhältnisse* o relaciones debitorias, *Forderungsrechte* o derechos de crédito. Resulta claro, sin embargo, que el indicar uno u otro aspecto de la relación equivale a indicar éste en su conjunto, porque no puede concebirse uno de los aspectos sin el otro. Ver Windscheid, *Pand.*, II, 1. pág. 7, n. 3; Crome, *Obblig.*, pág. 2, n. 4.

(2) Es más frecuente, pero menos técnico, el uso de la voz obligación para designar el documento en que ésta se halla incorporada. El uso se ha consagrado, por decirlo así, para algunas clases, especialmente valores bursátiles, como empréstitos públicos o préstamos contratados mediante suscripción por sociedades mercantiles (C. de Com., artículos 171 y siguientes).

(3) Salvioli, *Storia del dir. it.*, Torino, 1921, §§ 610 y siguientes; Solmi, *Storia del dir. it.*, §§ 72 y siguientes, 131 y siguientes.

cipio, que los romanos acataron siempre: el de que la obligación no pudiese transmitir ni constituir derechos reales, y fué suplantado por el moderno, que admite la adquisición de los derechos reales con sólo mediar el simple consentimiento, y así se da en muchas relaciones obligatorias (como los contratos «alienativos»), una combinación del efecto obligatorio con el real y una a modo de cancelación de la distinción entre el título y el modo de adquirir. Substancialmente, sin embargo, perdura el concepto romano.

La definición que de la obligación en nuestro Código (1) falta, se suple con las dadas por los jurisconsultos romanos, que se adaptan a las nuevas figuras de la relación obligatoria. Dos de éstas son célebres. Una la recuerda Justiniano (pr. Inst. 3, 13), *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, y en ella (salvo las últimas palabras que revelan al escritor clásico), la relación entre deudor y acreedor es caracterizada como un *vinculum iuris*, que tiene como contenido una prestación (*alicuius solvendae rei*), y reconoce como nota intrínseca la coercibilidad (*necessitate as-tringi*).

La otra es de Paulo (fr. 3, pr. D. 44, 7), *Obligationum substantiae non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*, y expresa de un modo claro la contraposición entre derechos reales y derechos de obligación, describiendo con más precisión el contenido y el objeto del vínculo. Lo esencial o substancial en la obligación no es el hacer adquirir un derecho real, sino el constituir un vínculo entre dos personas. El que algunas obligaciones posean eficacia real no

(1) Tampoco la contiene el Código francés. Se da una definición del contrato en el art. 1.101: «El contrato es una convención mediante la cual una o varias personas se obligan con respecto a otra u otras a dar, hacer o no hacer alguna cosa», que ofrece algunos elementos generales utilizables para la definición del vínculo obligatorio. Tampoco es una verdadera definición la dada por el Código alemán, § 241: «En fuerza de una relación de deuda, el acreedor puede exigir del deudor una prestación. La prestación puede consistir también en una omisión».

resta valor a lo dicho por el jurisconsulto. Se afirma con esto solamente que en el Derecho moderno puede combinarse el efecto real con el obligatorio; éste no falta nunca en la relación obligatoria; en cambio no se da generalmente en los derechos reales. El vínculo tiene por objeto una prestación, y ésta puede consistir en un *dare* (que en Derecho romano significa una transmisión de propiedad), en un *facere*, que comprende también el *non facere* y abraza un hecho cualquiera (acción u omisión) o en un *praestare*, en el que se incluyen determinadas prestaciones que no figuran en las categorías anteriores, y son por lo general responsabilidades habitualmente accesorias de otras obligaciones principales, como las derivantes de dolo, culpa, evicción, etc. (*praestare dolum, culpam diligentiam, periculum, casum evictionem*).

Elementos de la obligación.—Tres son los elementos o requisitos esenciales de la obligación: un *vínculo jurídico* que liga una persona a otra, el *doble sujeto* activo (acreedor) y pasivo (deudor), ligados ambos por el vínculo, la *prestación*, que es el objeto de la obligación, y que constituye, por una parte, el fin de la misma, por la ventaja que el acreedor se promete de ella, y, por otra, la limitación impuesta al deudor, por el deber que alcanza a éste de hacer o no hacer algo.

El vínculo jurídico.—Prescindiendo por ahora del elemento subjetivo y objetivo, cuyo análisis se hará más adelante, la esencia toda de la obligación se centra en el concepto del vínculo. Es éste un vínculo abstracto que liga la persona del deudor a la del acreedor, y es un vínculo de derecho caracterizado por la *necessitas* que no consiente a quien se halla sujeto a ella el eludirla arbitrariamente; es un ligamen que limita la libertad individual del deudor y confiere al acreedor una facultad ejercitable contra el obligado, en virtud de la cual éste resulta constreñido a determinada actividad (positiva o negativa) y aquél puede obtener satisfacción en el patrimonio del obligado, en el caso de incumplimiento.

Pero, ¿a qué debe entenderse dirigido propiamente el vínculo?

Las concepciones teóricas sobre su naturaleza y objeto que se enlazan en parte con las que versan sobre el objeto propio de la obligación arrancan de uno u otro de los momentos de la relación y divergen entre sí profundamente con frecuencia.

La menos exacta es la que atribuye al vínculo el efecto de producir una verdadera y propia sujeción de la persona del deudor a la del acreedor y construyendo como una relación de dependencia de persona a persona llega a concebir la persona del deudor como el objeto propio de la obligación; análogamente a lo que ocurre en los derechos reales en que se reconoce al titular un poder sobre la cosa, el derecho de crédito vendría a ser un poder de la persona sobre la persona. Concepción equivocada, ya que si a ella pudo corresponder la posición del deudor en los tiempos más antiguos del Derecho romano, cuando el *nexum* engendraba un verdadero poder en el acreedor y la rigurosa ejecución de la *manus iniectio* permitía a éste el apoderarse de la persona misma del deudor y el reducirla a esclavitud, ya no era idónea a expresar la situación del deudor en los tiempos más avanzados, luego que la *lex Poetelia*, abolida la ejecución personal, introdujo el nuevo principio según el cual *pecuniæ creditæ bona debitoris non corpus obnoxium esse*, haciendo objeto de la ejecución y medio de satisfacción del acreedor, el patrimonio del deudor. Y aun más inadecuada resulta hoy en que la sujeción del obligado no engendra ni un poder en el acreedor ni una situación personal de dependencia en el deudor. Hay, sí, en el vínculo una limitación de la libre actividad, porque cuando surge una relación obligatoria, la libertad del deudor sufre una limitación; pero la libertad personal no resulta destruída ni aminorada, porque al acreedor no es conferido (singularmente después de la abolición de la prisión por deudas) derecho alguno a privar de aquélla al deudor, ni constituye ella de por sí objeto del vínculo, porque éste se dirige a obtener una actuación positiva o negativa y el deudor (aun cuando la prestación sea estrictamente personal) puede, violando la obligación, no cumplirla o cumplirla sin que el acreedor pueda en ningún caso ejercer la coerción física en la persona del deudor.

En abierta antítesis con esta doctrina hay otra más moderna que concibe la obligación como relación entre el acreedor y el patrimonio del deudor y hasta algunos la entienden como relación entre dos patrimonios, de los cuales uno se halla vinculado a otro. El patrimonio pasa a ser objeto de la obligación y se construye la relación sobre la base objetiva de una responsabilidad directa del patrimonio hacia el que en definitiva tiende la pretensión del acreedor. Esta doctrina, que tiene mucho de exacta, peca por el extremo opuesto en cuanto que elimina del concepto del vínculo la persona del deudor (1) y eleva a elemento principal el que en realidad es subordinado. Si en definitiva cuando el deudor no cumple la obligación, la ejecución se ejercita por el acreedor sobre el patrimonio de aquél y la satisfacción de su crédito la obtiene con los bienes que integran el patrimonio, no es menos cierto que la relación se constituye entre personas y que la satisfacción del crédito es debida por el deudor y sólo éste puede realizar la prestación cuando el objeto de la obligación consista en una acción u omisión de carácter personal y no patrimonial; que si el incumplimiento de una prestación estrictamente personal lleva como consecuencia una responsabilidad patrimonial, esto no es sino efecto indirecto de la incoercibilidad del acto a que el deudor se obligó (2). El patrimonio no es más que la garantía del acreedor; al patrimonio va dirigida la acción ejecutiva cuando el obligado no cumpla voluntariamente la prestación, pero esto precisamente demuestra que en vía normal el vínculo no se establece con los bienes.

La doctrina que mejor pone de relieve la esencia de la relación es la que considera la obligación como teniendo por objeto un determinado acto del deudor. El que se obliga vincula su

(1) En este respecto y por el mismo motivo es inaceptable la opinión de Carnelutti, *Appunti sulle obbligazioni* (*Studi dir. civ.*, páginas 248 y siguientes), según la cual el prestar el deudor consiste simplemente en tolerar la acción del acreedor sobre sus bienes.

(2) En torno al concepto de la incoercibilidad directa de la obligación, a la organización de la coacción mediata, a su influencia en los derechos de crédito, al derecho del acreedor sobre el patrimonio, ver Rocco (Alfredo), *Il fallimento*, Torino, 1917, páginas 11 y siguientes.

libertad relativamente a aquel acto en cuanto se impone el cumplirlo u omitirlo, y de no ser por el vínculo ninguna norma imperativa o prohibitiva le constreñiría al cumplimiento, hallándose obligado a éste en interés del acreedor. En la limitada esfera en que aquel acto se mueve la actividad y voluntad del deudor no es libre; pertenece al acreedor. Esto no significa, sin embargo, que la voluntad sea objeto de la relación, ya que la libertad individual no puede ser coartada; es contradictorio concebir un acto voluntario como objeto directo de un vínculo cuando la esencia de éste consiste en una facultad que es independiente de la voluntad del deudor (1). Por otra parte, por muy amplio que sea el contenido de la prestación, no es admisible una perpetua sujeción de la actividad toda de una persona (art. 1.628). Son actos particulares, determinados, de contenido vario los que la persona del deudor está obligada a efectuar o a omitir en beneficio del acreedor y que en tanto representan para éste una ventaja, implican para aquél una limitación. A ellos se dirige el vínculo y con su cumplimiento se extingue. Estos momentos, el de la ventaja que el vínculo reporta al acreedor y el de la limitación que implica para el deudor, constituyen la esencia de la relación; son las dos facetas o aspectos que ofrece el mismo fenómeno, sin que pueda darse el uno sin el otro. Así se explica por qué no se produce el vínculo obligatorio cuando el deudor no sufra aunque sea en mínima proporción una limitación efectiva, como ocurre en los casos en que alguien se obligue a una prestación imposible (artículos 1.116 y 1.118). Del mismo modo se explica así, porque, constituido el vínculo, éste se extinga y el deudor quede liberado, cuando persona distinta del deudor realice la prestación (art. 1.238). Por otra parte, del concepto de limitación de

(1) La preocupación de desechar la idea de que la obligación implique una restricción a la libertad personal del deudor ha inducido a algunos autores a negar que la facultad del acreedor vaya dirigida a un acto del deudor. De este modo desaparecería todo motivo de discusión acerca de la conciliación del principio de la libertad personal con el concepto de obligación. (Ver Brumetti, *Delito civile*, §§ 187 y siguientes; *Il diritto del creditore*, en *Scritt, giur vari*, III, pág. 106.) Nosotros consideramos esencial el acto del deudor.

riva el que ésta no se dé sino cuando haya una causa que la justifique (art. 1.119); el que en la duda se deba favorecer la causa de la libertad (art. 1.137); el que cuando alguien quiera hacer valer un crédito deba probar su subsistencia (art. 1.312).

Una dogmática reciente ha sometido el concepto de obligación a un análisis más penetrante y el fruto ha sido la aparición de una nueva doctrina que surgió y se defendió de modo especial en Alemania y va penetrando lentamente en la literatura jurídica italiana. Aludimos a la distinción de débito y responsabilidad, de *Schuld* y *Haftung* según la terminología alemana, de la cual haremos aquí un bosquejo (1).

Partiendo de la idea que tuvo Brinz por primera vez (2)

(1) La literatura alemana, a más de los trabajos de Brinz ya citados, cuenta con las obras siguientes: Gierke, *Schuld und Haftung im älteren deut. Recht*, Breslau, 1910; *Schuld nachfolge und Haftung* (en *Festschr. für Martitz*, 1915); Schwerin, *Schuld und Haftung im älteren deutsch. Recht*, Breslau, 1910; Last, *Zur Lehre von Schuld und Haftung* (*Zeitschr. f. Priv. n. öff. R.*, 1914, páginas 514 y siguientes); Strohal, *Schuldübernahme* (en *Ihering's Jahrb.*, LVIII, páginas 231 y siguientes); *Schuldpflicht und Haftung* (en *Festschr. für Binding*, 1914); Isay, *Schuldverhältniss und Haftungverhältniss* (en *Ihering's Jahrb.* XLVIII, páginas 187 y siguientes); Schreiber, *Schuld und Haftung als Begriffe der privatr. Dogmatik*, Leipzig, 1914; Sider, *Zur Theorie von Schuld und Haftung* (en *Ihering's Jahrb.*, L, páginas 55 y siguientes); Hellmam, en *Krit. Vierteljahresschr.*, LI, páginas 488 y siguientes. De la literatura italiana pueden consultarse Pacchioni, *Il concetto dell' obbligazione* (en *Studi per Schupfer*); *Appendice alla trad. it. delle oblig. di Savigny*, I, pág. 517; *Nuove considerar. sulla distinz. pro débito ed obbligazione* (*Atti R. Acc. Torino*, LIII, 1918, pág. 488; *Riv. dir. comm.*, 1918, I, pág. 241 y siguientes); Gangi, *Débito e responsabilità nel diritto privato odierno*, 1914; *Recensioni agli Scritti di Strohal e Schreiber* (*Riv. it. p. sc. giur.* LVI, 1915, páginas 329 y siguientes); *Débito e responsabilità nel vigente diritto tedesco* (ibid LVII, 1916, páginas 254 y siguientes); Perozzi, *La distinzione pro débito e obbligazione* (*Riv. dir. comm.*, 1917, I, páginas 748 y siguientes); Cernelutti, *Studi di dir. civile*, páginas 276 y siguientes. Véase también Cornil, *Debitum et obligatio: recherches sur la formation de la notion de Pobl. rom.* (*Mélanges Girard*, páginas 189 y siguientes).

(2) *Der Begriff obligatio* (en *Zeitschr. f. d. priv. und öff. Recht*, I, 1874, páginas 11 y siguientes, y Brinz, *Obligation u. Haftung* (*Arch. f. civ. Praxis*, LXX, 1886, páginas 371 y siguientes).

cuando estudiando la obligación advirtió que en ella distínguense dos momentos diferentes y contrapuestos, el del *débito* (*Schuld*), que es la obligación del deudor de realizar la prestación y el de la responsabilidad, o sea el poder o facultad que corresponde al acreedor en el patrimonio de aquél para realizar su crédito, muchos escritores alemanes y algunos italianos han elaborado aquella distinción, poniendo en evidencia (con notables divergencias entre ellos) la importancia que tiene para penetrar en la esencia del vínculo obligatorio.

En él se ofrecen dos elementos distintos que habitualmente se presentan unidos y en la obligación moderna lo están siempre, aunque el análisis los separe. De una parte hay el deber del deudor de prestar, es decir, de desenvolver una actividad en favor del acreedor y el derecho de este último a exigir aquélla; obligación de prestar que deriva de un mandato del ordenamiento jurídico con carácter coactivo, que incumbe a una persona necesariamente y no puede recaer en una cosa, porque sólo las personas pueden prestar; que en sí y por sí no implica en el acreedor el derecho de dirigirse contra el patrimonio y de indemnizarse con los bienes de éste, pues le corresponde sólo el poder demandar la prestación. Esto es el *debitum*, la *Schuld*: el deber. De otra parte hay la responsabilidad, es decir, el poder conferido al acreedor, de constreñir al deudor al cumplimiento, poder que en caso de que el deudor no cumpla la obligación, se traduce en un ataque a su patrimonio, a una parte del mismo o a cosa específica patrimonial. El deudor, que tiene el deber de prestar y al que se dirige la facultad del acreedor, es forzado a cumplir, porque el mandato de prestar derivado del ordenamiento jurídico se halla provisto de garantía y acompañado de sanción.

El deudor responde personalmente, y sobre todo patrimonialmente, hallándose su persona y su patrimonio sujetos al poder del acreedor, poder coactivo que mira a obtener la realización del crédito y poder de agresión al patrimonio, o en caso de responsabilidad limitada a cosa específica patrimonial encaminado a la consecución del resarcimiento del daño cuando la

prestación no se cumpla. Este es el otro elemento, la responsabilidad, el *obligatum esse*, la *Haftung*.

Mientras en la moderna obligación ambos elementos, deber y *obligatum esse*, aparecen constante e inseparablemente unidos, no habiendo débito sin garantía o responsabilidad, ni responsabilidad sin débito, en otros tiempos se ofrecen separados, siendo una la persona que debía prestar y otra persona o una cosa la que debía responder. Y aun actualmente, si bien los dos factores se unen y suman en una relación única, la obligación, es posible una distinción o separación conceptual y facilita ésta el penetrar mejor la estructura íntima de la obligación y la explicación de algunos fenómenos y reglas especiales.

Estudiando Amira (1) el antiguo Derecho germánico y el sueco, hacía notar la posibilidad de hallarse separados ambos elementos y citaba el ejemplo del señor territorial que no paga las deudas propias, sino que responden por él su administrador o arrendatario; cita, también el ejemplo del impúber que se halle en deuda con la Iglesia respondiendo por él su tutor, su arrendatario o su socio, y el de la «fideusio», en la que el «fidei-usor» responde sin ser deudor.

Producía la consecuencia esto de que quien era deudor, es decir, quien tenía el deber de prestar, podía no ser obligado y quien resultaba obligado podía no ser deudor. Lo propio afirmaba y demostraba Schupfer (2) basándose en la *Wadiatio* longobarda, contrato formal germánico que ofrecía separados los dos elementos obligacionales, el débito, deber de prestar al acreedor y la garantía representada por la persona misma del deudor o por una cosa dada en prenda por los *fideiutores* en forma que al débito se unía como elemento ulterior y separado la responsabilidad, que podía ser de persona o de cosa y la persona ser un sujeto extraño o el mismo deudor. También en el antiguo Derecho romano se observó el mismo fenómeno; en el *nexum*, es decir, en el débito de mutuo contratado con la solemnidad

(1) *Nordgermanisches Obligationenrecht*, Leipzig, 1882-1895.

(2) *Il débito e la responsabilità. Studio sulla wadiatio longobarda* (Riv. it. p. le sc. giur., LVI, 1915, páginas 229 y siguientes).

del *gestum per aes et libram*, el deudor es fiador de sí mismo por la autopignoración y una cosa en él es el débito y otra el *obligatum esse*. Mejor, de modo más claro, aparece la separación cuando el pignorado es un tercero, un miembro de la familia del deudor. Semejantemente en la adjudicación de un servicio público al *manceps* el deudor es el adjudicatario, pero la responsabilidad es de los fiadores de los *praedes*, contra los cuales se dirige la acción ejecutiva en caso de incumplimiento.

Estos ejemplos históricos demuestran que el débito y la responsabilidad, que actualmente aparecen reunidos en la misma persona y se fusionan hasta el punto de aparecer como inseparables, constituyen dos factores o elementos distintos.

No es cierto, se afirma, que ambos elementos no sean sino aspectos de un mismo fenómeno, momentos inseparables de la obligación, la cual no podría existir si correspondientemente al deber de prestar no se diese un poder de coerción en el acreedor en virtud del cual éste, por la acción ejecutiva, obtiene satisfacción de su crédito en el patrimonio del deudor. Si por regla general cuando se habla de débito se piensa en un deber del deudor unido a su responsabilidad, en una actividad no libre del deudor cuyo patrimonio se halla expuesto a la acción ejecutiva del acreedor, ello no empece para que ambos elementos puedan concebirse abstractamente separados. Singularmente, cuando la responsabilidad es concebida como derecho de agresión al patrimonio, puede decirse que el débito incumbe a la persona del deudor y la responsabilidad se ciñe a su patrimonio. Puede ocurrir excepcionalmente que aparezcan separados; puede haber débito sin responsabilidad, y viceversa (según muchos defensores de la nueva doctrina), también responsabilidad sin débito.

Se ha aducido como ejemplo de un débito sin responsabilidad el de las obligaciones naturales en las que se da en el deudor el deber de cumplir la prestación, pero como falta en el acreedor la acción no hay en ellas el elemento de la responsabilidad, ya que no se reconoce en el acreedor el derecho de agresión al patrimonio del deudor. Serían casos de responsabilidad sin débito el de deuda futura garantizada con prenda o *fideiussión*:

en él la deuda no ha nacido aún, pero sí la responsabilidad; o el de débito de uno y responsabilidad de un tercero, como cuando pignora o hipoteca la cosa propia en garantía de deuda ajena. Y si los dos elementos son distintos, diversas pueden ser también las causas de donde ambos deriven, pueden ser distintos el alcance, la intensidad de uno y otro, habiendo débitos que sobrepasan la responsabilidad, que no se hallan cubiertos todos por ésta en su totalidad, sino sólo parcialmente. Así, por ejemplo, cuando se dé la responsabilidad circunscrita al valor de una cosa, a una cuota patrimonial o a un patrimonio separado, de modo que con el abandono de la cosa el deudor quede liberado o responda, como ocurre en el beneficio de inventario, no más allá del haz hereditario.

Esta distinción puede servir si se mantiene en sus justos límites para aclarar el concepto de la obligación. Debemos añadir, sin embargo, que muchos escritores que la siguen se dejan llevar por excesos reprobables que han oscurecido la noción de la obligación. Y es dudoso si dado el concepto moderno de la obligación, sea defendible dogmáticamente y prácticamente útil tal doctrina, que tiene sólo importancia como posición especulativa (1).

Patrimonialidad de la prestación.—Con la noción de la obligación se halla estrechamente relacionado un problema que se plantea por romanistas y civilistas y al cual no dan todos la misma solución, a saber: si para que se dé el vínculo jurídico obligatorio es requisito indispensable que la obligación tenga carácter patrimonial.

El problema surge en todos los casos en que en la obligación la prestación se halle constituida por un hecho que no tenga en sí y por sí directa o indirectamente un valor patrimonial: un

(1) Pocos son los autores italianos que han acogido la distinción, y hasta ahora ninguno de los tratadistas la ha aceptado por el temor (que yo comparto) de que complique en lugar de aclarar el concepto de la obligación. Ferrara, *Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 309, la ataca rechazando como prácticamente inútil tal distinción y afirmando que los ejemplos aducidos por sus defensores de débitos sin responsabilidad o responsabilidad sin débitos son ilusorios.

hecho que teniendo sólo un valor moral o espiritual no es susceptible, según los usos ordinarios de la vida social, de ser reducido a una suma de dinero o a una utilidad económica cualquiera. No surge tal problema cuando, aunque el vínculo obligue a un hecho de tal índole, las partes le hayan asignado preventivamente de modo directo o indirecto un valor patrimonial; esto ocurre siempre que la prestación, que por sí no tenga carácter económico, pueda ser sustituida por otra que lo posea, o cuando el acreedor para asegurarse la prestación no económica estipule una pena para el caso de incumplimiento. La obligación con tal sustitución o con la pena, ya ofrece carácter patrimonial. Los más resuelven este problema afirmativamente apoyándose en un conocidísimo pasaje de las fuentes romanas, en el que se declara *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lue praestarique possunt* (fr. 9. § 2. D. 40, 7). Lo cierto es que ni este ni otros pasajes que se aducen para sostener tal opinión son decisivos, como tampoco lo son los que se citan en apoyo de la contraria, que afirma que la *pecuniaridad* no es requisito esencial de la obligación (1). No sirven tampoco, en orden al Derecho moderno, las disposiciones que se suelen citar de nuestro Código, como la del art. 1.218, que declara a quien contrajo una obligación sujeto a su cumplimiento y en su defecto al resarcimiento de daños. Para resolver certeramente la cuestión, hay que distinguir el interés que el acreedor tiene en obtener la prestación de la prestación misma; el haber confundido ésta con aquél ha sido la causa, como nota Scialoja (2), de las discrepancias y dificultades que en tal materia se observan.

Es indudable que nada impone la necesidad de un interés económico en el acreedor; puede tal interés ser de índole afectiva, moral, ideal, bastando que sea serio, lícito y digno de la protección jurídica. Otra cosa es que el objeto de la prestación, deba tener un contenido económico o ser susceptible de una

(1) Los más decididos defensores son Windscheid, *Pand.*, II, 1. § 250, n. 3, y Ihering, *Fahrbb. f. J. Dogm.*, XVIII, 1880, páginas 34 y siguientes. (Ver Scialoja, *Arch. Giur.*, XXV, 1882, páginas 478 y siguientes.)

(2) *Diritto delle obbligazioni*, (Lex, 1898-99), páginas 45, 73.

valoración patrimonial. De otro modo no se daría la posibilidad de realizarse en caso de incumplimiento con el patrimonio del deudor y vendrían incluidas en el concepto jurídico de la obligación una serie de obligaciones que, aun contrayéndose diariamente en la vida social, ninguno piensa hacerlas valer mediante la coacción judicial (1).

Obligaciones naturales.—Dijimos que la obligación es un vínculo de derecho; con esto se expresa la idea de una plena protección jurídica de la relación, la cual se concreta en la posibilidad de la coerción y se actúa mediante la acción. Ahora bien; ¿es esencial al concepto de la obligación la existencia de una acción que confiera al acreedor el medio para constreñir al deudor al cumplimiento de modo que cuando ésta falte sólo se pueda hablar de obligaciones morales, de deberes de conciencia o sociales, y jamás de obligaciones jurídicas? (2).

Es sabido que entre aquéllas y éstas los romanos colocaron una categoría intermedia, la de las obligaciones naturales (3).

(1) Tal materia, que es estudiada en todos los tratados generales puede ser ampliada en Hellwig, *Ueber die Grenzen der Vertragmögigkeit* (*Arch. f. die civ. Pr.*, LXXXVI, 1896, páginas 223 y siguientes); Kohler *Das obligations interesse* (*Arch. f. burg. Recht.*, XII, 1897, páginas 1 y siguientes); Coviello sobre los dos anteriores *Filang*, XXII, 1897, páginas 664 y siguientes, 739 y siguientes); de *Vincentiis*, *Della patrimonialità della prestazione nell' obbl. contratt.* (*Sf. per Fadda*, IV, páginas 311 y siguientes); Claps, *Del concetto e del contenuto economico della obbligazioni nel diritto mod.* (*Studi per Chironi*, I, páginas 49 y siguientes).

(2) Es en las obligaciones naturales donde ha alcanzado mayor éxito la aplicación de la teoría del *debitum* y de la *obligatio*, pues vendrían a representar un *debitum* sin *obligatio*. Contra esta aplicación se ha manifestado Bonfante *Scritti. giur.*, III, pág. 80, declarando que no sirve a determinar el ámbito, ni las fuentes, ni los casos de las obligaciones naturales.

(3) Ver. Sobre la doctrina romana y moderna Weber, *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit*, 5.^a ed., 1825c; Schwanert, *Die Natural-obligationen der röm. Rechts*, 1861; Machelard, *Obligations naturelles*, 1861; Massol, *De l'obl. naturelle et de l'obl. morale en dr. rom. et en dr. fr.*, 2.^a ed., 1862; Fadda, *Intorno ad un preteso effetto delle obl. nat.* (*Arch. Giur.*, XXXVI, 1886, pág. 195 y siguientes); Simoncelli, *Le presenti difficoltà della Sc. del diritto civ.*, 1890; Bonfante, *Le obbl.*

cuyo carácter jurídico no fué discutido siquiera; eran verdaderas y propias obligaciones que tenían una eficacia menor que las llamadas civiles en cuanto se hallaban desprovistas de acción y no podían hacerse valer por el acreedor más que por vía indirecta, mediante excepción, y sobre todo mediante la *soluti retentio*, que autorizaba al acreedor natural a rechazar la repetición de pago cuando el deudor hubiese pagado, aunque hubiese sufrido error creyéndose civilmente obligado.

Por eso se contraponían a las obligaciones civiles y perfectas, por la falta de uno de los elementos más importantes de la relación obligatoria: la acción, y a las obligaciones meramente morales o de conciencia, en las que dándose también el efecto de la *soluti retentio* faltaba la idea del vínculo jurídico, dándose sólo la de la *pietas* o del *officium* del sentimiento moral, religioso o social que forzaba a satisfacerlas, y satisfechas no podía repetirse el pago.

La distinción entre las dos categorías, que las fuentes suelen a menudo designar con un solo término, no desapareció nunca, por lo menos conceptualmente; que si pudo dudarse entre los jurisconsultos y discutirse entre los romanistas en cuál de las dos categorías debía incluirse este o el otro caso concreto de obligación no civil, subsistió siempre la distinción conceptual de las obligaciones naturales (llamadas también *obligationes naturales tantum*) y las morales o de conciencia (llamadas obligaciones naturales *improprias*), a las que las fuentes hacen referencia al hablar de un *natura debere*.

Otras cuestiones se discuten vivamente en la doctrina romanística; por ejemplo, la de cuál sea el fundamento de la distin-

nat. nel dir. civ. it. (Foro it., 1893, pág. 150, ahora en *Scritti. Giur.*, III, página 1 y sig.); *Il concetto dell'obbligazione naturale* (*Riv. dir. comm.*, 1914, II, pág. 358, y en *Scritti. Giur.*, III, pág. 30 y siguientes); *Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco* (ib., 1915, pág. 97; ib., pág. 41 y sig.); Moscato, *Le obbl. nat. nel dir. rom. e nel dir. mod.*, Torino, 1897; Venzi en *Pacifici, Ist.*, IV, pág. 16 y siguientes; Polacco, *Obblig.*, pág. 93 y sig., 138 y sig.; Gangi, *Le obblig. naturali* (*Riv. dir. comm.*, 1917, I, pág. 497 y sig.); Pacchioni, *Divagazioni in tema di obblig. naturali* (*Riv. dir. comm.*, 1918, I, pág. 241 y siguientes).

ción entre obligaciones civiles y obligaciones naturales, cuáles sean los efectos propios de éstas, cuáles las figuras concretas reconocidas por las fuentes.

La doctrina más difundida reconoce a la contraposición el mismo fundamento que a la antítesis entre *ius civile* e *ius naturale*. Una doctrina más reciente y más correcta rechaza esta idea, afirmando que la obligación natural tiene una *causa civilis*, una causa que por sí misma podría producir la obligación civil, de modo que la causa es común a una y otra especie de obligaciones. No son, pues, las obligaciones naturales las que se basan en el *ius naturale*, y menos aún en el *ius gentium* cuando éste se identifique con aquél; ni es admisible el decir que sean relaciones sociales, obligaciones de equidad o relaciones de hecho a las que la ley atribuya efectos análogos a los de las verdaderas y propias obligaciones.

Trátase de obligaciones semejantes a las civiles que tienen como éstas naturaleza jurídica y carácter de vínculo jurídico, que podrían ser civiles si el *ius civile* no opusiera un obstáculo a su más perfecta eficacia jurídica. Trátase de relaciones que podrían asumir el carácter de obligaciones perfectas y que no pueden asumirlo por una razón de orden extrínseco derivada del Derecho civil, o también de obligaciones originariamente perfectas, las cuales por una razón extrínseca no se hallan tuteladas por la acción y sólo constituyen un puro vínculo jurídico. A uno u otro de estos dos tipos se reducen los casos todos que recuerdan las fuentes.

Lo discutido es cuáles sean estos casos y su pertenencia a uno u otro de ambos tipos; y la cuestión se complica con la de los efectos de la *obligatio naturalis*, porque frecuentemente sólo de la existencia de tales efectos deriva el reconocimiento de ésta, y equivocadamente se suele hablar tan sólo del efecto más general de la obligación no civil: la *soluti retentio*, que es efecto común de la obligación natural y de la moral o de conciencia y que no sirve, por tanto, a distinguir si se trata de una u otra relación.

Dejando para los tratados de Derecho romano la labor de

un análisis mas completo (1), en general puede decirse que los casos más notables e indiscutidos de obligación natural, eran: *a*), la obligación contraída por el esclavo con el *dominus* con un extraño o con otro esclavo, en cuyos casos la acción es negada por la incapacidad que afecta al esclavo (2); *b*), la contraída por personas unidas por los vínculos de la *patria potestas* o sujetas a esa misma *potestas* por razón del principio de la unidad patrimonial de la *familia*, centrada en el *pater familias* (3); *c*), la contraída en mutuo por el *filius familias* contra lo dispuesto por el S. C. Macedoniano (4); *d*), la extinguida por *capitis deminutio* (5) o también por *litis contestatio* (6). Diversamente valorados y dudosos por la contradicción observada en las fuentes, son: *a*), el caso de la obligación contraída por el pupilo sin la *auctoritas tutoris* (7), el de la injusta absolución del deudor (8), el de la obligación extinguida por prescripción; *b*), el del nudo pacto de una convención en que el consentimiento, expresándose en formas no solemnes, no es capaz de engendrar una obligación civil (9), y otros más especiales.

En cuanto a los efectos, una sola afirmación general es cierta: que varían de caso a caso y no todos se verifican en cada uno de éstos, sino que, a veces, y las más de ellas, tan sólo la *soluti retentio* se produce. El general y más frecuente es precisamente la *irrepetibilidad* del pago, aunque el deudor lo haya hecho por error, creyéndose civilmente obligado; aunque el error es el presupuesto para la *condictio indebiti*, ésta es excluída no obstante

(1) Ver los estudios de Scialoja, *Dir. di obbl.*, (Lez.), pág. 648 y siguientes; De Crescenzo, *Obbligazione* (*Enc. Giur.*), pág. 4 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, 1, § 289.

(2) Fr. 14 D. 44. 7; 13 pr. D. 12. 6; 64 D. cod.

(3) Fr. 38 D. 12. 6.

(4) Fr. 40 pr. D. 12. 6. 9 § 4, 10, 11 D. 14, 6; 26 § 9 D. D. 12. 6.

(5) Fr. 2 § 2 D. 4. 5.

(6) Fr. 30 § 1 D. 9. 2; 8 § 1 D. 46. 8.

(7) Fr. 42 D. 12. 2; 25 pr. D. 35. 2; 21 pr. D. 35. 2; 9 § 2 D. 46. 3; 41 D. 12. 6; 58 (59) D. 44. 7 y otros.

(8) Fr. 60 pr. D. 12. 6; 28 D. eod., 13 D. 20, 6; 7 § 1 D. 44. 1.

(9) Fr. 1 § 2 D. 45. 1; 7 § 4 D. 2. 14; 5 § 3 D. 46. 3; 27 § 9 D. 2 14; 1 § 4 D. 13. 5 y muchísimos otros pasajes.

haber error (y con mayor razón si no hubo error y el deudor pagó consciente de no hallarse civilmente obligado); el pago se considera como satisfacción de deuda, nunca como donación.

Otros efectos que pueden concurrir, son: la aptitud de la *obligatio naturalis* para ser reforzada con una obligación accesoria o de garantía, como la hipoteca, la prenda la *fideiussio*; su susceptibilidad de ser transformada en civil mediante la novación; la posibilidad (y éste es un efecto importantísimo por la coacción indirecta que implica) de ser opuesta en compensación.

A las dificultades y dudas a que da lugar la teoría romana de la *obligatio naturalis* se añade otra muy grave que se produce en la doctrina civilística moderna: la de la existencia en el Derecho actual de la categoría de las obligaciones naturales.

a) *Existencia de la o. n.*—Hay muchos escritores (1) que niegan que en el derecho civil actual sobreviva la obligación natural como distinta de la civil y de la obligación moral o de conciencia. Pura reminiscencia vacía de contenido la que se lee aún en el art. 1.237 de nuestro Código (único en que se habla de obligaciones naturales); éstas vendrían a identificarse con los deberes de conciencia, las obligaciones morales o sociales de contenido patrimonial desprovistas totalmente de carácter jurídico; el único efecto que producen es la irrepetibilidad del pago, y esto se explica porque la ley no puede proteger el acto inmoral consistente en repetir lo que se dió cumpliendo un deber de conciencia.

La afirmación es demasiado absoluta. Si puede justificarla en parte el modo imperfecto con que el Código ha regulado la materia y la discrepancia en cuanto a los casos que, según el Derecho actual, debían incluirse en el tipo de obligación natural; si los casos más importantes de *o. naturalis* que admitieron los ro-

(1) Gabba, *Teoria della retroattività*, IV, pág. 10; Giorgi, *Obbligazioni*, I, n. 36; Fadda, en *Arch. Giur.*, XXXVI, pág. 211; Bonfante, en *Foro it.*, 1893, pág. 150; *Ist. dir. rom.*, § 125; *Le obblig. naturali e il debito di giuoco* (*Riv. dir. comm.*, 1915, XIII, 1, pág. 97 y siguientes, y en *Scritti. Giur.*, III, pág. 41 y sig.); Gangi, *La obbligazioni naturali* (*Riv. dir. comm.*, 1917, 1, página 497); Scuto, en *Riv. dir. civ.*, IX, 1917, pág. 68 y siguientes.

manos no pueden hoy reproducirse, habiendo con la abolición de la esclavitud, de la ordenación patrimonial de la *familia*, del sistema contractual, etc.; desaparecido las causas que daban lugar a ella, tal afirmación, sin embargo, halla un obstáculo insuperable en la disposición del art. 1.237, en la tradición histórica, en los inmediatos precedentes del Código francés, de los cuales deriva aquel artículo, y en los del nuestro. Es cierto que la importancia de las obligaciones naturales en el Derecho moderno ha disminuído notablemente y es hoy mucho menor que la que tenía en el Derecho romano; pero podemos repetir con Crome (1) que el germen contenido en las disposiciones de éste ha caído en terreno muy fructífero. Obligaciones de carácter social reconocidas también por el Derecho, pero que el Derecho no hace coactivas porque no las provee de acción; elevadas a una dignidad superior a la de los puros deberes de conciencia, en cuanto su espontáneo cumplimiento no se considera acto de liberalidad, sino verdadero y propio cumplimiento; éstas constituyen hoy el substrato de las obligaciones naturales modernas. También se llaman vínculos de equidad, y no dejan de ser vínculos jurídicos, aunque se hallen desprovistos de su más plena y perfecta efectividad por carecer de acción; su eficacia se produce con el cumplimiento espontáneo por parte del deudor. El fenómeno de un vínculo que no exterioriza su eficacia sino cuando espontáneamente el obligado la reconozca cumpliendo lo que le incumbe, no es contradictorio ni inconciliable con la idea del vínculo; la coerción, en su rica gradación de intensidad, puede descender hasta parecer que no existe, como ocurre en los casos en que se niega la acción; pero se encuentra siempre en grado mínimo en la *soluti retentio*, que representa una forma indirecta, atenuada de aquélla.

b) *Naturaleza y efectos de la obligación natural*.—En cuanto a la naturaleza y efectos de la obligación natural la cuestión se centra toda, respectivamente a nuestro Derecho, en la relativa al

(1) *Obblig.*, pág. 19.

alcance del art. 1.237, el cual dice (1): «Todo pago presupone una deuda; lo que se paga sin ser debido, es *repetible*. La *repetición* no es admitida en las obligaciones naturales que han sido satisfechas voluntariamente». Precisados a deducirlo todo de este artículo que no contiene ni definición de la obligación natural, ni alusión a sus requisitos los civilistas que no se deciden a afirmar su inexistencia en el Derecho moderno piensan sobre el particular de modo muy diverso. La divergencia más acusada se manifiesta, no ya en lo referente a la serie de efectos que la obligación natural pueda producir en el Derecho moderno, sino sobre el único que es admitido por todos: la *soluti retentio*. La cuestión tiene su origen en la interpretación de la palabra *voluntariamente* que puede ser tomada en dos sentidos: en el de *conscientemente* y en el de *libremente*.

Se inclinan los más (2) a interpretarla en el primer sentido, afirmando que la eficacia de la obligación natural consiste en la *irrepetibilidad* del pago cuando éste se ha efectuado por el deudor, sabiendo que no podía ser constreñido a pagar. El principio general de la *condictio indebiti*, que presupone un error en quien pagó, no resulta en tal caso alterado; también en las obligaciones naturales la *irrepetibilidad* del pago dependerá de la ausencia de error y, por tanto, también a ellas sería aplicable lo establecido en el art. 1.146, que autoriza a quien haya pagado por error creyéndose deudor sin serlo a repetir el pago. La objeción más grave que a esta interpretación se opuso, fué la de no

(1) La fórmula deriva del correspondiente art. 1235 del Código francés, que fué reproducido en los Códigos italianos preexistentes. Es notable que Códigos más recientes como el alemán y el suizo de las obligaciones hayan suprimido la obligación natural. Esto no obstante su concepto y las controversias que ha suscitado, aparecen en el terreno doctrinal.

(2) Ver Polacco, *Obblig.*, páginas 125 y siguientes; Crome, *Obblig.*, página 21; Lomonaco, *Obblig.*, II, pág. 26; De Pirro, *Teorie della ripetizione dell'indebito*, 1892, pág. 100; Venzi en *Pacifici Ist.*, IV, pág. 46, y, además, Giorgi, *Obblig.*, I, números 34 y 65; ver también Scuto, *Natura giuridica del fondamento della ripetizione dell'indebito nel dir. civ. it.* (*Riv. dir. civ.*, IX, 1917, páginas 1 y siguientes, y especialmente páginas 65 y siguientes.

poderse precisar el valor que tenga el art. 1.237, de no ser considerado como mera aplicación del principio contenido en el artículo 1.146, pero tal objeción es rebatida, poniendo de relieve los partidarios de tal interpretación la profunda diferencia de las normas contenidas en los artículos citados. En efecto, mientras para el art. 1.146 el pago efectuado sin error por quien sabía no ser deudor, es irrepetible en cuanto se debe suponer necesariamente en quien efectúa el pago un *animus donandi*, teniendo tal pago carácter de liberalidad, para el art. 1.237 el pago efectuado sin error es igualmente irrepetible, pero como había una causa obligacional que justificaba la *solutio*, éste no tiene carácter de liberalidad, sino que constituye verdadero y propio pago, es decir, cumplimiento de una obligación, verificado con *animus solvendi*. De esto derivan importantísimas consecuencias.

Si el pago de lo indebido se apoya en un *animus donandi*, debe regirse por las prescripciones propias de la donación (artículo 1.056) y no se reputa válido, si no es hecho en la forma propia de ésta; está sujeto a las reglas de los actos de liberalidad, pudiendo revocarse por causa de ingratitud, por superveniencia de hijos (artículos 1.081 y 1.083); puede ser impugnado mediante la acción pauliana como hecho en fraude con tal de que éste resulte probado en quien pagó (art. 1.235); su importe debe ser computado en el haz hereditario (art. 1.001), etc. etcétera; en cambio, ninguna de estas normas resultan aplicadas cuando el pago constituya el cumplimiento de una obligación, una verdadera y propia *solutio*.

Con esta interpretación, que suele ser apoyada en otros argumentos históricos y exegéticos, los cuales no pueden ser indicados siquiera, la importancia de las obligaciones naturales viene reducida a tan exiguas proporciones que casi puede decirse que no tienen ninguna. Si, en efecto, la repetición resulta admitida en ellas cuando el deudor natural pagó con error, todo se reduce (máxime para nosotros que admitimos como único efecto de la obligación natural la *soluti retentio*) a la diversa significación que al pago debe atribuirse en cuanto que éste en la obligación natural, no es considerado como donación; lo cual en la práctica es

de limitadísima importancia si se tiene en cuenta la restringida aplicación que pueden recibir las normas antes recordadas relativas a la forma y substancia de las donaciones.

Más exacta nos parece otra explicación que cuenta con pocos defensores (1), pero que responde mejor a la tradición histórica y a los precedentes del Derecho romano, del cual deriva aunque con muchas y profundas modificaciones el concepto de la obligación natural. La palabra *voluntariamente* debe ser interpretada en el sentido de *libremente*, y el precepto del art. 1.237 como una auténtica derogación del principio de la *condictio indebiti*. La repetición admitida en el art. 1.140, siempre que se haya pagado por error, resulta excluida por el art. 1.237 y, por regla general, cuando las obligaciones naturales hayan sido satisfechas libremente, es decir, que resulta excluida no sólo si el deudor era consciente de la no coercibilidad de la obligación, sino también cuando hubo error relativo a ésta, porque como base de la *solutio* hay una causa obligatoria que hace aquélla válida y eficaz, en todo caso. Prescinde, pues, la norma de todo requisito positivo y de todo elemento subjetivo de ciencia o ignorancia y sólo exige un requisito negativo: que la *solutio* se haya efectuado sin mediar coacción o violencia, esto es, espontáneamente (2); requiere la voluntariedad del acto y nada más,

(1) Ver Giorgi, *Obblig.*, I, páginas 45 y siguientes (quien se decide, como se ha visto por la identificación de las obligaciones naturales con los deberes morales y de conciencia; Molitor, *Obblig.*; Massol *De l'oblig. nat.*, pág. 230; Maierini, *Op. cit.*, pág. 794; Ascoli, *Donazione*, pág. 113; Ascoli y Cammeo en Crome, *Obblig.*, pág. 21, núm. a. (Ascoli insiste en la equivalencia de los términos «voluntariamente» y «no coactivamente», es decir, sin ser impuesto por una sentencia); Manenti, en *Glück Pand.*, XI, pág. 918.

(2) La palabra *voluntariamente* corresponde *sue sponte* del fr. 28, D. 12, 6, donde se trata del pago hecho por el deudor que hubiere sido injustamente absuelto. También con relación a este texto han surgido muchas discusiones sobre la significación de la frase *sua sponte*, que por algunos romanistas ha sido interpretada en el sentido de «conscientemente»; la interpretación, sin embargo, más generalmente aceptada es la que atribuye a la frase la significación de acción realizada sin coacción.

conforme a la naturaleza particular del vínculo, que no produce efecto sino cuando es reconocido mediante el cumplimiento (1).

Este intenso efecto, la incondicional *irrepetibilidad* es el único que en el Derecho vigente puede atribuirse a las obligaciones naturales; en esto están de acuerdo la mayoría de los escritores (2).

La compensación debe ser excluida por contener más acentuado el elemento coacción y suponer dos créditos líquidos y exigibles (art. 1.287) y la obligación natural no serlo. Pero también deben ser excluidas la confirmación o ratificación, por

(1) No es de mucho peso la objeción, según la cual, limitándose el adverbio a significar la no procedencia de la repetición cuando el pago se hubiere efectuado sin dolo, ni violencia, tal declaración no tendría valor alguno frente al principio general que niega validez a los actos que exigiendo consentimiento hayan sido efectuados mediante dolo o violencia (artículos 1.108, 1.111, 1.115). A lo sumo, podría decirse que tal expresión resulta pleonástica y que hubiera podido omitirse. No robustece tampoco la primera opinión el invocar algunos artículos del Código (por ejemplo, 1.279, 1.309) en los que *voluntario* es usado por el mismo legislador en el sentido de *consciente*. Se podría hacer notar que en otros pasajes se usa en el sentido de libremente (art. 1.894), es decir, en su significación normal y que cuando el legislador quiere hacer referencia al estado de conciencia usa el término *conscientemente* (art. 1.145). Obsérvese que en el proyecto preliminar de una ley italofrancesa de obligaciones (ver *Riv. dir. civ.*, 1919, pág. 12), manteniéndose el artículo 1.237 (art. 42 del proyecto), se suprime el adverbio voluntariamente por considerarlo redundante.

(2) Ver contra, Polacco, *Obblig.*, páginas 131 y siguientes. Algún escritor niega que la *soluti retentio* sea efecto propio de la obligación natural; sería más bien el efecto propio de la renuncia del deudor a hacer valer su derecho de no pagar que le es conferido por la ley. Así Venzi en *Pacifici Ist.*, IV, pág. 44, quien, sin duda, exagera. Según este concepto, la obligación natural no es una relación intermedia entre la obligación civil y la de conciencia, ni forma con ésta un todo único. Se trata de una obligación civil que el deudor considera inexistente por autorizarle a ello la ley, porque hallándose el acreedor desprovisto de acción, la ley reputa tal obligación como extinguida; el deudor pagando renuncia al derecho de poderse considerar no obligado que le confiere la ley, y en tal renuncia interviene como motivo la obligación de conciencia por ser siempre una obligación de fuero interno la que la fuerza al pago (páginas 41 y siguientes).

que éstas presuponen un acto anulable pero civilmente existente (art. 1.309) y no es tal la obligación natural; y el reconocimiento por su función no podría ser válido si añadiese como ocurriría aquí algo nuevo a la relación reconocida (art. 1.340); la novación que exige una obligación civil que se trasfunda en la nueva (art. 1.267); la posibilidad de reforzarla con derechos accesorios de garantía como la prenda, la hipoteca, la *fideiussio* por la misma razón de inexistencia de la obligación civil (1).

c) *Casos de obligación natural*.—Si nos proponemos averiguar los casos de obligación natural existentes en el Derecho vigente, nos internamos en un problema muy discutido también. Mientras algunos las admiten solamente (y éste sería el criterio distintivo de obligaciones naturales y deberes de conciencia) cuando reconocida por el Derecho positivo una obligación exista un texto legal en que, explícitamente, se niegue la acción, otros admitiendo tales casos en el Derecho positivo vigente y negando su determinación por el Juez, declaran que la *o. natural* se reconoce en la naturaleza intrínseca de la relación y su nota característica vendría dada por el hecho de tratarse de una obligación abstracta y virtualmente coercible, mientras en los deberes morales su carácter de espontaneidad excluiría hasta su coercibilidad virtual.

Las figuras más ciertas y determinadas de *o. natural* son las de deuda nacida de juego no prohibido y de apuesta y la de intereses no convenidos en una deuda de mutuo; éstos solos constituyen los casos que por existir una expresa disposición legal no consienten dudas.

Declara el art. 1.802 que no se concede acción alguna para pedir el pago de una deuda de juego o de apuesta, excepto en los juegos que contribuyen al ejercicio y desarrollo del cuerpo (1.803). Esto no obstante cuando tales deudas sean pagadas, no es admitida la repetición: «el que perdió no puede en ningún caso repetir lo que hubiere pagado voluntariamente siempre que

(1) Es un error el argumento basado en el art. 1.899 aplicado a los demás derechos de garantía, pues se refiere tal artículo a las obligaciones anulables, que presuponen una obligación civil.

quien ganó no hubiese procedido dolosa o fraudulentamente y que quien perdió no sea menor de edad, interdicto o inhabilitado» (art. 1.804). Dispone el art. 1.830 que «el mutuuario que haya pagado intereses no convenidos o que excedieren de la cuantía estipulada, no puede repetirlos ni imputarlos al capital»; se entienden dados en pago de una *o natural*, ya que la gratuidad del mutuo que es la regla general en teoría, en la práctica constituye una rara excepción (art. 1.829).

Los demás casos son, por el contrario, harto discutibles. Tales: *a*), el de la deuda prescrita (1). Se considera por una parte que la prescripción extingue la acción no la relación obligatoria, que es causa formal, arbitraria de extinción; que su fundamentación estriba o en la necesidad de no mantener eternamente en suspenso las relaciones y de no hacer frecuentes los litigios, y tal fin desaparece cuando el deudor paga voluntariamente la deuda o en la presunción de pago que el deudor destruye cuando pagando niega implícitamente que el pago se haya efectuado; por otra parte se dice que la prescripción de la acción implica prescripción íntegra de la deuda, que su fin no se conseguiría si la relación obligatoria sobreviviese aún en la forma atenuada de una *o natural* y también se afirma ser falaz el supuesto fundamental de la prescripción de pago (artículos 2.105, 2.109, 2.135, 2.138); *b*), el de absolución injusta o de absolución por falta de pruebas, en el que para probar la existencia de la *o natural* se invoca el valor de mera presunción que tiene la cosa juzgada, excluyendo con esto la imposibilidad de discutir la supervivencia de la obligación extinguida con la sentencia (artículos 1.350, 1.351); *c*), el de la deuda residual después del convenio celebrado entre el quebrado y sus acreedores (Código de Comercio artículos 816, 839, 840); *d*), el del fiduciario a quien el testador hubiere conferido el encargo de declarar el heredero o legatario y transmitirles los bienes hereditarios (art. 829); *e*), el de la remuneración de servicios que suelen ser recompensados;

(1) Nótese que en relación a éste, aquellos Códigos que excluyen la *o natural* declaran la irrepetibilidad del pago. Código alemán, § 222 y Código federal suizo, art. 72.

f), el de la obligación nula por defecto de forma, y otros. No hay duda de que no son obligaciones naturales sino deberes de conciencia lo de los padres de dotar a sus hijas o asignar capital al hijo con ocasión de su matrimonio (art. 147) y el de los parientes no obligados por la ley de prestar alimentos a sus parientes necesitados (1).

(1) NOTAS DE LOS TRADUCTORES.—Ver artículos 1.088 a 1.111 y 1.271, 1.257 y 1.756, 1.798 y 1.801 del Código civil.

Significado de la obligación.—En el art. 1.088 tan sólo se hace una descripción del contenido de la obligación: «consiste en dar, hacer, o no hacer alguna cosa». Sobre el concepto y naturaleza de la obligación como entidad sustantiva independiente y distinta del resto de las obligaciones que son correlativas a todo derecho subjetivo y sobre la formación histórica del concepto, véase Clemente de Diego, «Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera», pág. 44 y siguientes. Madrid, Victoriano Suárez, 1912.

Elementos: vínculo, sujetos y prestación.—Véase Código civil artículos 38 (pueden ser sujetos las personas jurídicas), 32 (en lo que se refiere a la necesidad de poseer un cierto grado de capacidad de obrar para adquirir y contraer obligaciones), 533 (sobre indeterminación temporal del deudor en obligaciones *ob rem*), 750 (sobre indeterminación del acreedor), 1.271 (pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres), 1.257 (sobre validez de las estipulaciones en provecho de tercero). No se exige, pues, la patrimonialidad del objeto.

Obligaciones naturales.—Como el Derecho romano, nuestro Derecho histórico las acogió (la ley de Partidas decía que al deudor con obligación natural «non le pueden apremiar en juicio que la cumpla») señalándoles importantes efectos jurídicos: no producían acción pero sí excepción; lo pagado por tal concepto no podía repetirse: podían ser objeto de novación, de compensación, de fianza, de hipoteca. Pero en nuestro Derecho vigente no están reglamentadas; ni siquiera incidentalmente hace de ellas el Código una referencia expresa. Sin embargo, en varios de sus artículos se descubren su existencia y sus efectos: tal ocurre en el 1.756 donde se establece que el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital y en el 1.798 que no concede acción para reclamar lo que se gana en juego de suerte, envite o azar pero ello no obsta a que no pueda repetir el que pierde lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiere mediado dolo o que fuera menor o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes. En cambio, el que pierde en juego o apuesta de los no prohibidos queda

§ 70.—Objeto de la obligación. La prestación

Brugi, Ist. §§ 54-55; Pacifici, Ist. IV, pág. 109; Chironi, Ist. II §§ 252, 254, 262-265; Polacco, Obblig. 33, 45, 148-152; Crome, Obblig., §§ 4-7, 20; Zachariae, Man. II, §§ 279-281, 284; Aubry y Rau, Cours, IV, §§ 299-301; Planiol, Traité, II, números 709, 780, 997 y siguientes, Windscheid, Pand. II, I, §§ 252-255.

Dentro de los límites que las leyes de la naturaleza y las jurídicas consienten que una persona se obligue con respecto a otra a dar, hacer o no hacer algo, toda manifestación o forma de la actividad humana puede ser objeto de la obligación. De ésta no es objeto, como muchos y aun el propio legislador afirman, (art. 1.202) la cosa a que la prestación se refiere sino que lo es la prestación misma, es decir, un acto positivo o negativo del deudor que en cuanto consiste en un dar o en un hacer puede tener como objeto propio una cosa. De los límites a que hemos aludido, de la intrínseca naturaleza del vínculo y de la *necessitas* inherente a éste, deriva el que la prestación deba reunir determinados caracteres, precisos para que la obligación llegue a existir jurídicamente. Se requiere que la prestación (1):

a) Sea *posible* porque ninguno puede obligarse a una prestación imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*). El aforismo

obligado civilmente como dispone el art. 1.801 sin perjuicio de la limitación que se contiene en su párrafo segundo.

Otro caso de obligación natural ha querido encontrarse en el art. 1.279 de nuestro Código: «Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes *podrán compelerse* recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez». Luego aquí no hay una obligación meramente natural sino perfecta, sancionada por el Derecho positivo y productora de efectos jurídicos inmediatos: *compelerse* recíprocamente a llenar aquella forma.

(1) La opinión contraria mantenida por algún autor (Lomonaco: «Ist.», V, pág. 16; De Pirro en *Rev. dir. civ.*, V, 1913, páginas 289 y siguientes) es debida al influjo de la doctrina francesa, en la que campea unánime la convicción de que la asignación paterna con ocasión de matrimonio, se hace en cumplimiento de una o natural. Los argumentos no

«*impossibilium nulla obligatio*» (fr. 185. D. 50, 17) (1) no es cierto con certeza absoluta e ilimitada (2). Hay que distinguir de la imposibilidad objetiva o absoluta que es aquella que se da para todos y puede ser producida por causas naturales (destrucción de la cosa) o jurídicas (extracomercialidad de la misma) y la relativa o subjetiva que se limita a la persona del deudor; sólo la primera debe ser admitida como causa de nulidad de la obligación, no la segunda (3) porque si la prestación no es posible para el deudor, la obligación se convierte en el deber de prestar el *id quod interest*, es decir, una indemnización que represente el interés del acreedor en obtener la prestación originaria o el sacrificio sufrido por el mismo por obtenerla de otros (4). También este principio vale para la imposibilidad absoluta cuando concurren particulares circunstancias que justifiquen la existencia de una responsabilidad en el deudor; si, por ejemplo, éste promete una prestación imposible y el promisorio ignora sin culpa la imposibilidad objetiva de aquélla, la obligación surge y se convierte en un deber de resarcimiento originado en el hecho de que el deudor con su promesa ha despertado en la otra parte

son sin embargo, muy persuasivos en orden al derecho francés ni en orden al nuestro como lo ha demostrado, Ascoli. *La pretesa oblig. nat. di dotare la figlia* (For. it., 1917. I. pág. 720).

(1) Ver «Inst.» 3 19; fr. 35. pr. D. 45 1. En el Código francés y en el italiano falta una mención expresa de este aforismo que hallamos en el Código, alemán § 306. Su reconocimiento en aquellos Códigos de los artículos 1.116 y 1.160.

(2) Sobre la regla y los comentarios y explicaciones ver Kleineidam *Unmöglichkeit und Unvermögere*, Ieva, 1909 y en *Jahrb. f. d. Dogm.*, XLIII, 1901, páginas 105 y siguientes; Fischer *Ein Beitrag zur Unmöglichkeitstheorie* (en *Festschr. fur.*, Amsberg, 1914; Fitze *Die Unmöglichkeit der Leistung*, 1900; Rabel *Unmöglichkeit der Leistung* (en *Festschr. aus rom und bürger. Recht fur Bekker*, 1907); *Origine de la règle impossibilium nulla obligatio* (en *Melanges Gerardin*, 1907, páginas 473 y siguientes); Ricca Barberis. *L'impossibilità della prestazione* (*Riv. dir. comm.*, v. I, 1907, página 155) ver Bibliogr. citada en el § 75.

(3) V. fr. 137 § 5. D. 45. 1. *Si ab eo stipulatus sim qui efficax non possit cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.*

(4) Y esto vale tanto más si se trata de mera *difficultas praestationis* fr. 2, § 2. D. 45. 1. fr. 55. D. 19. 1; fr. 39, § 7. D. 30.

la seguridad de obtener una prestación y la confianza en su cumplimiento. Pero el resarcimiento no cubre todo el interés del acreedor como ocurre en otros casos de incumplimiento de la obligación; se limita a cubrir el interés negativo, es decir, los daños que ha sufrido el promisorio y los gastos que haya tenido que hacer por la confianza por él tenida en la validez de la obligación (1). No es tomada en consideración la imposibilidad sobrevinida; la imposibilidad originaria es la que impide la generación obligacional y también la existente o previsible al tiempo de producirse el vínculo; la que sobreviene no anula la relación, la extingue o transforma solamente según las reglas que más adelante se expondrán al tratar del incumplimiento por dolo, culpa o caso fortuito.

b) Que sea *licita* o, como otros expresan, jurídicamente posible. Ilícita es toda prestación que sea por sí o por el fin a que tiende contraria a las leyes al orden público, a la moral, a las buenas costumbres. Ya sea el acto que se promete prohibido y castigado o prohibido y no castigado y la cosa objeto de la prestación no prestable por impedimento legal absoluto o prestable de hecho pero sujeta la prestación a sanción punitiva, la prestación ofrece siempre el carácter de ilicitud y es obstáculo a que el vínculo surja (artículos 1.119, 1.122, 1.160; disp. prel. art. 12). Enumerar los casos concretos de ilicitud de la prestación, no es

(1) Esta es la teoría llamada del *interés negativo* (*negatives vertragsinteresse* o *Vertrauensschaden*) que se contrapone al interés positivo o interés en el cumplimiento (*Erfüllungsinteresse*) elaborada por la doctrina alemana. Ha recibido reconocimiento legislativo en el Código alemán en dos de sus artículos uno (§ 122) relativo a la nulidad de la obligación por defecto de la declaración, el otro (§ 307) referente a esta misma nulidad por imposibilidad de la prestación. Este último establece: «Quien al concluir un contrato que tenga como contenido una prestación imposible, conozca o deba conocer la imposibilidad de la prestación, es responsable del perjuicio sufrido por la otra parte que confió en la validez del contrato, pero no por más del interés que la otra parte tuviera en la validez del mismo. La responsabilidad cesa cuando la otra parte conozca o deba conocer la imposibilidad. Se tratará de esto con más extensión al ocuparnos de la teoría de la culpa en el incumplimiento de las obligaciones.

posible dada su infinita variedad, la ley no los preve todos, debiendo las más de las veces deducirse la ilicitud del sistema del ordenamiento jurídico (1).

c) Que sea determinada o por lo menos determinable según criterios o elementos preestablecidos (art. 1.117). Sería incompatible con el carácter de *necessitas* que es intrínseca nota de la obligación, una prestación indeterminada o cuya determinación fuese abandonada arbitrariamente al deudor o al acreedor; podría de este modo una parte realizar una prestación irrisoria, la otra exigir algo que sobrepasase en mucho la potencialidad patrimonial del obligado. La indeterminación inocua puede oscilar entre un mínimo representado por las obligaciones alternativas que contienen dos prestaciones y un máximo en el que figuran prestaciones de cosas pertenecientes a un *genus* muy amplio. Los criterios determinativos pueden ser también muy amplios o muy restringidos. Como principio general baste fijar que la determinación puede depender de una circunstancia exterior como la cotización de una mercancía en un cierto mercado, o de la voluntad de un tercero llamado a concretar el contenido obligacional con un *arbitrium boni viri* y hasta (dentro de ciertos límites) de la voluntad de una de las partes (artículos 873, 1.248, 1.454, 1.718) siempre que no se trate de mera determinación arbitraria (art. 835) (2).

(1) Para citar solamente algunos ejemplos son nulos por ilicitud de la prestación la promesa de cometer un delito o de quebrantar la ley, la promesa de dinero para que otra persona cometa un delito o se abstenga de cometerlo el arrendamiento de obra por tiempo indeterminado (art. 1.628), el pacto *de dolo non praestando* (art. 1.484), el pacto comisorio (art. 1.884), el de indivisión perpetua (art. 681), los pactos sobre futura sucesión (art. 1.118), la renuncia anticipada a la prescripción (artículo 2.107), todo convenio que tienda a suprimir o disminuir la libertad personal, religiosa o matrimonial, etc. Ver un amplio estudio histórico y dogmático de la materia en Rotondi, *Glatti in prade alla legge*, Torino, 1911; Ferrara, *Teoria del negozio illecito*, 2.^a ed., Milano, 1914.

(2) A este triple carácter de la prestación añaden algunos autores el de su patrimonialidad y algunos también el de la coercibilidad. En cuanto al primero se ha estudiado bastante en el párrafo precedente y en el orden al segundo va implícito en el concepto de *vinculum juris*, enten-

Las prestaciones que reúnan las antedichas condiciones no son susceptibles de reducirse sino a algunas categorías que tienen una cierta importancia en orden a las reglas que presiden el nacimiento, la vida, la extinción de las obligaciones. La prestación puede ser en efecto:

a) *Positiva o negativa*, según consista en un dar o en un hacer o en un no hacer. La obligación de dar consiste en transmitir la propiedad u otro derecho real (1) o en la mera entrega de una cosa en posesión, en uso o en depósito. Implica el deber de conservar la cosa hasta su entrega y entraña la responsabilidad del deudor por los riesgos y si incurre en mora aun cuando antes de la mora la cosa se hallase a riesgo del acreedor (artículo 1.219). La de hacer consiste en realizar una o varias acciones determinadas y lícitas, en rendir servicios o hacer obras de diversa naturaleza y en ellas distingúense las que tienen un carácter estrictamente personal en cuanto sólo pueden ser efectuadas por la persona del deudor (en atención a sus cualidades personales, o por la especial situación en que se halla), y las que no tienen tal carácter pudiendo ser efectuadas con igual ventaja para el acreedor, por persona distinta del deudor. Se aplica a éstas lo dispuesto por el art. 1.220, según el cual no cumplida la obligación, el acreedor puede ser autorizado a obtener su cum-

diéndose que la coercibilidad plena y directa sólo puede darse en una limitada categoría de prestaciones, singularmente en las consistentes en un daré; en cambio, otras son más o menos indirectas en cuanto son transformables en ejecución patrimonial como ocurre con las de hacer y no hacer.

(1) En virtud del moderno principio según el cual la propiedad y los derechos reales se transmiten por el simple consentimiento sin que se requiera la tradición (artículos 1.125, 1.418, 1.550) el campo de aplicación de las *obligationes ad dandum* (entendido el daré en su sentido técnico y riguroso) se ha restringido mucho, siendo en gran parte incorporada la disminución al de las *obligationes tradendi*. No ha perdido totalmente, sin embargo, su importancia como algunos afirman, pues hay muchos casos en los que el consentimiento no basta y la obligación *ad dandum* tiene por fin la transmisión de la propiedad. Ver Crome, *Obblig.*, pág. 30, número 2; Giorgi, *Obblig.*, I, núm. 23; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 120, núm. 1; Polacco, *Obblig.*, pág. 188.

plimiento a expensas del deudor; para las primeras no existe otra forma de coerción que la del resarcimiento del daño.

La de no hacer consiste en abstenerse en ventaja del acreedor de hacer algo que el obligado podría hacer de no existir la obligación, o en sufrir la acción de otro. La *solutio* que en las especies anteriores se efectúa mediante la dación o mediante la realización del hecho prometido se verifica en ésta con una abstención más o menos prolongada en el tiempo que mantiene inalterada la situación de hecho querida; por esto no todas las reglas de la *solutio* ordinaria son aplicables a este género de prestaciones y el incumplimiento (que consiste en realizar la acción prohibida) no da lugar a las formas ordinarias y corrientes de la coerción. La contravención de la obligación originará el deber de resarcir el daño al acreedor (art. 1.221) y cuando la naturaleza de las cosas lo permite, podrá el acreedor exigir que sea destruído lo hecho por el deudor o que se le autorice para destruirlo él mismo, a expensas del deudor (art. 1.222).

b) *Simple o compleja*, según que se trate de una sola prestación o de varias ligadas por un solo nexo que reduciéndolas a unidad determina el que la obligación no puede considerarse cumplida sino cuando hayan sido realizadas todas las prestaciones. En una obligación puede combinarse con una prestación de dar una de hacer y una de no hacer y la prestación de dar, de hacer o de no hacer puede a su vez tener varios objetos cuando alguien se obligue a dar varias cosas, a realizar o no realizar varios actos (1).

La obligación con prestación compleja se distingue de la obligación con prestaciones cumulativas u *obligaciones simplemente conjuntas*. Ya sea que varias prestaciones de carácter diverso constituyan el objeto de una obligación o que una sola

(1) Es, por ejemplo, simple la obligación en el mutuo gratuito en la que el mutuatario sólo debe restituir la suma que recibió, compleja en el mandato para administrar un patrimonio en el que el mandatario debe prestar el servicio que se le exige, arrendar los bienes, enajenar los frutos, percibir cantidades, rendir cuentas, hacer entrega de las rentas líquidas, etc.

prestación tenga varios objetos, cuando entre las varias prestaciones o entre los distintos objetos no se dé aquel nexo que da carácter unitario a la obligación, más bien que frente a una sola obligación nos hallamos en presencia de varias, cada una de las cuales tiene por objeto una prestación específica. Se puede decir con Ulpiano (1) que hay tantas obligaciones cuantos son los objetos, y de esto debe concluirse que como la *solutio* se divide en una serie de *solutiones* pudiendo efectuarse éstas por el deudor separadamente, la suerte de cada obligación es independiente de la de las demás.

c) *Duradera o transitoria*, según que la prestación requiera una acción o una omisión continuada en forma que se renueve o prolongue en el tiempo o se agote su contenido en un solo momento.

Momentánea o transitoria es, por ejemplo, la prestación de una suma de dinero; duraderas o continuas son normalmente las prestaciones de índole negativa y entre las positivas las del arrendador, depositario, tutor, quienes deben respectivamente permitir el disfrute de la cosa arrendada por el tiempo pactado, conservar la recibida en depósito, cuidar en tanto dure la tutela de los bienes pupilares, etc. Una forma particular la constituyen las prestaciones periódicas (suministros, obligaciones alimentarias, legados periódicos, ventas a plazo) en las que la prestación conceptualmente única, se fracciona en otras tantas prestaciones parciales que deben cumplirse en períodos iguales o desiguales hasta la total satisfacción de la deuda. Esta categoría reviste importancia por diversas consideraciones, por ejemplo, en lo referente a la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*».

Relacionadas con los caracteres y cualidades hasta ahora examinadas, se hallan otras distinciones que se refieren también al

(1) Fr. 29 pr. D. 45, 1. «*Scire debemus in stipulationibus quod summae sunt, totque esse stipulationes, quod species sunt, tamen si pecuniam quis quoque in conspectu est, stipulatus sit vel acervum pecuniae, non tot sunt stipulationes, quod nummorum corpora, sed una stipulatio, nam per singulas esse stipulationes absurdum est... at si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt quot corpora*».

objeto. Las más importantes son las que reposan o inedoneidad de las prestaciones para ser divididas, o en la parcial indeterminación de la prestación y que dan lugar a las obligaciones divisibles e indivisibles, alternativas y genéricas, cuyo régimen especial reclama un estudio aparte.

I. *Obligaciones divisibles e indivisibles*.—Determinar si una obligación es o no divisible, es decir, si es o no susceptible de ser descompuesta en varias prestaciones parciales homogéneas y de contenido cualitativamente igual al de la originaria es algo de gran importancia, tanto en lo relativo al cumplimiento como en lo que se refiere al fenómeno llamado de la refracción. El doble principio, según el cual el deudor no puede efectuar parcialmente la *solutio*, sino que debe efectuarla de una sola vez, y el de que toda deuda se fracciona en tantos créditos o deudas parciales cuantos

deudores o varios deudores participan desde el origen del vínculo en la relación obligatoria o bien si varias personas suceden al acreedor o deudor originario únicos), sufre o puede sufrir derogación cuando *la obligación* sea en sí divisible o indivisible.

dando en pie la obligación del deudor consistente en efectuar la prestación, de modo indiviso, aun cuando pueda ser descompuesta en partes (artículos 1.246, 1.204), puede el acreedor consentir en recibir satisfacción parcial cuando la obligación sea divisible; inversamente, una prestación indivisible será debida enteramente por cada uno de los deudores sucesores del primitivo único y a cada uno de los acreedores, sucesores también del originario único, aun cuando cada uno de ellos no estuviera obligado a dar o autorizado a exigir más que una parte (art. 1.294).

En la determinación de la divisibilidad o de la indivisibilidad de la obligación, es decisiva, en primer término, la naturaleza de la prestación; en segundo, la voluntad de las partes, y en último, las prescripciones legales (1).

(1). Conviene observar que esta teoría de la divisibilidad o de la indivisibilidad de las obligaciones, reducida en el texto a su más somera enunciación, fué objeto en tiempos pasados de largas y agrias discusiones y de laboriosas investigaciones dogmáticas entre las que ha quedado

I. *Indivisible por naturaleza* es la obligación cuya prestación no es susceptible de división (art. 1.202). Por regla general son divisibles las prestaciones de dar, en las que, siendo perfectamente concebibles las cuotas intelectuales del derecho que se transmite (propiedad, usufructo, enfiteusis), cabe el transmitir sucesivamente cuotas homogéneas del mismo. Si el derecho que se constituye no es divisible, como ocurre con la servidumbre, el derecho de prenda, la hipoteca, la obligación es indivisible. Lo mismo también puede decirse de la obligación de entregar o consignar cuyo carácter depende de la idoneidad o inidoneidad

célebre la *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, de Molineo, en el siglo XVI. Las ideas y criterios de este autor para clasificar los casos de indivisibilidad influyeron directamente en las doctrinas de Pothier y a través de éste en el Código francés y en el italiano, cuyas disposiciones (artículos 1.202-1.208) oscuras hacen difícil e intrincada la materia. El haber acogido el Código tales criterios, elevándolos a criterios legales es obstáculo para que la doctrina italiana pueda realizar construcciones dogmáticas libres. Oportunamente el Código austriaco (§§ 889, 890) suprimió toda definición de la indivisibilidad y la enumeración de las causas de que ésta pueda derivar; análogo sistema han seguido el Código alemán (§§ 431, 432) y el Código suizo de las obligaciones (artículos 79, 80). Según la teoría de Molineo, la indivisibilidad puede ser de tres especies: a) *individuum contractu del natura* si la prestación tiene por objeto un hecho o una cosa de naturaleza indivisible de modo que ni siquiera *contractu* pueda hacerse divisible; b) *individuum obligatione* si el objeto divisible en sí es considerado por las partes indivisible; c) *individuum propter incongruitatem solutionis* si el objeto divisible en sí se considera indivisible a los efectos de la *solutio* que no puede efectuarse parcialmente. En esta teoría, modificada por Marcadé en contenido y terminología se inspira el Código italiano, que reconoce en el art. 1.202 las dos primeras especies, y en el art. 1.205 como casos de excepción a la divisibilidad, la última. Sobre la doctrina civilística y romanística de la indivisibilidad, ver Ubbelohde, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, 1862; Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilité*, 1852; Bianchi, *I principii della indivisibilità*, Siena, 1881; Leoni, *La teoria dei Diritto e degli obblighi divisibili ed indivisibili*, Padova, 1887; Arrió, *Le obbligazioni divisibili ed indivisibili*, Nodena, 1901; De Narchi, *Sulla teoria delle obbligazioni divisibili ed indivisibili nel Dir. civ. it.* (*Arch. Giur.*, LIX, 1898, páginas 217 y siguientes); Ascoli en *Cod. civ. annotato*, art. 1.202, III, páginas 214 y siguientes; Guarneri, citati, *Studi sulle obbligazioni indivisibili ud Dir. rom.*, Palermo, 1921.

del objeto para la división. No son, por regla general, divisibles las prestaciones *ad non faciendum*, porque se infringe la obligación realizando aun parcialmente el acto prohibido. Finalmente, puede ser divisible o indivisible la obligación que consiste en un *facere*, según que el resultado del *facere* sea una cosa única e indivisa, un acto singular, una prestación que se agote momentáneamente, o, por el contrario, una actuación continuada, obras y trabajos que se midan y valoren cuantitativa y periódicamente, cosas diversas o cantidades de una misma cosa.

2. *Indivisibilidad subjetiva* se da cuando siendo la prestación objetivamente divisible, las partes la hayan considerado indivisible (art. 1.202). Lo decisivo aquí es la intención de las partes, las cuales, privando a la relación de su aptitud para la divisibilidad, la convierten en una obligación indivisible. La intención cuando no resulte declarada expresamente se deducirá del carácter que las partes hayan atribuido a la prestación, considerándola como medio para conseguir un resultado final único o mirando a obtener una serie de prestaciones separadas.

3. *Indivisibilidad* que no deriva de la naturaleza de la prestación ni es establecida voluntariamente por las partes, sino que viene impuesta *por la ley por razones de utilidad* es la de los casos contemplados en el art. 1.205. Reducidos a tres de cinco que aparecían en el correspondiente art. 1.221 del Código francés, son considerados como casos de excepción al principio general de la división de las obligaciones entre los herederos del deudor, en definitiva, pueden limitarse a dos. Se debe considerar indivisible la obligación: 1) cuando sea debido un objeto determinado a fin de que el acreedor no resulte expuesto a la desventaja de recibir satisfacción parcial de su crédito; 2) cuando a uno solo de los herederos incumbe por razón del título el cumplimiento de la obligación. El tercer caso contemplado en el art. 1.205, número 3, «cuando resulte de la naturaleza de la obligación o de la cosa que constituya objeto de la misma, o del fin a que el contrato tiende, haber sido intención de las partes que la deuda no se satisfaga parcialmente», es siempre un verdadero rompecabezas para los intérpretes, si no se admite que tal caso deba incluir-

se en el de indivisibilidad subjetiva contemplada en la segunda parte del art. 1.202. Las tentativas doctrinales para establecer una distinción seria (no sutil) entre ambas disposiciones pueden considerarse fracasadas (1).

En cuanto a los efectos que produce la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación, conviene tener presente que si bien la categoría de las obligaciones indivisibles es muy distinta de la de las solidarias (que estudiaremos más adelante), en sus consecuencias son muy semejantes; ello explica, porque más de un Código moderno extiende las reglas de aquéllas a las solidarias (2). Bastará aquí consignar: 1) que si la obligación es divisible, dividiéndose el crédito o la deuda en partes, ninguno de los acreedores o deudores puede exigir o ser obligado por más de su respectiva cuota (art. 1.204); 2) que si es indivisible, cada deudor viene obligado por la totalidad, aunque la obligación no haya sido contraída solidariamente (art. 1.206), salvos los derechos de pedir un término para la notificación a sus codeudores y de dirigirse contra los mismos para obtener el reembolso de las cuotas por ellos debidas (artículos 1.208, 1.205); recíprocamente cada acreedor puede exigir el total cumplimiento de la obligación con el deber, sin embargo, de satisfacer las respectivas cuotas a los demás acreedores y de prestar caución en garantía del cumplimiento de este deber (art. 1.207).

II. *Obligaciones alternativas* (3).—De las obligaciones que

(1) Pacifici, *Ist*, IV, pág. 126, núm. 1 y Venzi, *ib.*, pág. 141, n. b; Aubry y Rau, *Cours*, IV, § 301, núm. 37; Giorgi, *Obblig.*, I, números 278 y siguientes.

(2) Sobre la identificación en Derecho romano de las obligaciones indivisibles y las *in solidum* (consideradas estas últimas distintas de las correales que estudiaremos luego), ver Bonfante, *La solidarietà classica delle obbligazioni indivisibili* (*Arch. Giur.*, 4.^a serie, I, 1921, páginas 144 y siguientes).

(3) Para la bibliografía, ver Bernsteid, *Die alternative obligation im rom. iura mod. Recht* (*Zeitsch. f. vergl. R. W.*, II, páginas 372 y siguientes); Pescatore, *Die sog. alternative obligation*, Narburg, 1880; *Wahlverhältnisse*, Nunchen, 1905; Nanne, *Die Disjunctivobligation*; R. y K., *Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gem. deut. Recht*, Berlín, 1887,

tienen por contenido una pluralidad de prestaciones, dijimos que algunas ofrecían tal pluralidad, forjada en unidad indestructible (prestación compleja) que en otras, por el contrario, se descomponía la obligación única en una serie de prestaciones (conjuntas o cumulativas). Pero hay que añadir una tercera especie, la de aquellas en que la pluralidad no es unitaria ni conjuntiva; son debidas en estas obligaciones varias prestaciones, pero alternativamente, de modo que realizada una prestación la obligación queda cumplida y se extingue (*plures res sint in obligatione, una autem in solutione*). Son estas las obligaciones alternativas en las que la pluralidad de la prestación asume un carácter particular en cuanto que tal pluralidad está destinada a desaparecer para dar lugar en la *solutio* a una obligación con prestación única.

Como deba ser psicológicamente concebida y explicada una voluntad dirigida a un *aut-aut* es problema que traspasa los límites de nuestro estudio (1). Prácticamente se justifica tal especie en las frecuentes aplicaciones concretas en la necesidad que pueden experimentar las partes o la ley de obligar al deudor a prestar uno u otro entre varios objetos, determinándose el que se presta por el deudor, el acreedor o la suerte o un tercero, de modo que efectuada la prestación de uno, los demás ya no son debidos, porque el interés del acreedor ha sido satisfecho (2). Y

II, páginas 129 y siguientes; Scialoja, *Y tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche* (*Bull. ist. Dir. rom.*, XI, páginas 61 y siguientes); Rocco F. *Sie la natura giurid. delle obbl. alle native* (*Riv. it., p. la sc. giur.*, XL, 1906, páginas 201 y siguientes; XLI, 1906, páginas 33 y siguientes); Valery, *L'obligation alternative*, Dijon, 1888.

(1) Véase Bernstein, *Zur Lehre vom alternativen Willece und alternativen Rechtsgeschäft*, Berlín, 1878.

(2) Esto ha llevado a algunos a concebir jurídicamente la relación como una obligación condicional, en la que se estipulase que un objeto no sería debido si otro se prestaba, que un objeto es debido en tanto otro no se preste. Esta es ciertamente la consecuencia del *aut-aut* que entraña siempre algo de condicional; pero el concepto técnico de *conditio* no sería aplicable aquí. (En la obligación condicional la incerteza se refiere al vínculo, en las alternativas

bién resulta inaplicable por erróneo el de pluralidad de obligaciones tengan cada una por objeto las prestaciones separadas.

la obligación alternativa puede tener como contenido dos o más prestaciones (art. 1.183); en todo caso se aplica el principio según el cual el deudor queda liberado, realizando una de las prestaciones comprendidas en el vínculo, quedando excluida la posibilidad de entregar parte de un objeto y parte de otro (artículo 1.177). El fenómeno más característico es el denominado de la *concentración*, merced al cual en el acto del cumplimiento o eventualmente antes, el objeto de la obligación que era indeterminado, se determina de modo definitivo.

Ahora bien, en dos formas o en dos momentos distintos puede ocurrir la concentración.

1) Ordinariamente tiene lugar en el acto del cumplimiento, en el momento de la *solutio*. Pero como ésta presupone la elección es este el momento y el modo en que la concentración ocurre. Si no se pone de relieve cuando se confiere al deudor la elección y éste sin previa declaración de elección usa de su derecho, cumpliendo la obligación, ello se debe a que en la *solutio* de una de las prestaciones se halla implícita, y, por tanto, tácitamente manifestada la declaración; pero se acusa de modo evidente en los demás casos en que el deudor antes del cumplimiento o el acreedor o un tercero efectúa la declaración.

Puede la elección corresponder al deudor, al acreedor o a un tercero cuando la designación del objeto no haya sido confiada a la suerte; aquí es decisiva la voluntad de las partes y del contenido de la relación obligatoria debe deducirse a quién corresponda la elección; cuando se trate de obligaciones alternativas *ex lege* será decisiva la voluntad legal.

Cuando la elección no se conceda al acreedor, un principio general sienta que en la duda se deba decidir en el sentido más favorable al deudor (art. 1.137) y se concede a éste la elección, según establece el art. 1.178.

La concentración se verifica sin más con el cumplimiento y no con la declaración de elección, sino es definitiva. La interpretación de este principio es muy divergente, sobre todo cuando se trate de elección atribuida al acreedor o al deudor, a quienes se suele reconocer un *ius variandi*; si debe reconocerse en éstos

la facultad de variar la elección hecha y hasta qué momento, con tal que no se haya efectuado el pago, es cuestión que algunos resuelven, declarando vinculativa e irrevocable la declaración de elección unilateralmente emitida y notificada a la otra parte, por otros (y en nuestra opinión más lógicamente), declarando tal la que haya sido aceptada por la otra parte; aceptación que puede ser expresa o tácita y deducirse en este caso de la actitud que hayan adoptado el deudor o el acreedor con respecto a la declaración (1).

2. Independientemente de la elección y de la *solutio*, se convierte en simple la obligación por la sobrevenida imposibilidad de todas las prestaciones menos una. La concentración aquí se verifica a consecuencia de un hecho natural que tiene la misma eficacia que la declaración de elección. Si la imposibilidad existía al tiempo de constituirse la obligación, no sería posible hablar de concentración; la obligación, aunque contraída de modo alternativo, sería desde su constitución simple por ser uno solo de sus objetos posible (art. 1.179), del mismo modo que si todas las prestaciones fuesen imposibles desde que la obligación se iniciara, ésta hubiera sido nula.

El particular carácter que la alternatividad imprime a la obligación lleva como consecuencia necesaria la especialidad de sus efectos cuando sobreviene la imposibilidad de alguna o algunas de sus prestaciones. Si la regla que establece que en las obligaciones simples, siendo imposibles todas las prestaciones, la obligación se extingue, es aplicable también a las alternativas, en los demás casos no sería justa tal aplicación; la obligación alternativa convertida en simple por una de las causas aludidas, no puede considerarse extinguida sin más por la sobrevenida imposibilidad de la última prestación, debiendo ser consideradas las causas que imposibilitaron no sólo ésta, sino las precedentes

(1) Se discute si corresponde la *condictio indebiti* al deudor que pagó una de las cosas debidas a consecuencia de un error sobre el carácter alternativo, es decir, creyendo deberla determinada y no alternativa-mente. Buonamici, *Disputatio sollemnis* (*Arch. Giur.*, LXIX, 1902, páginas 496 y siguientes).

prestaciones, y la culpa eventual del deudor con relación a la persona a quien correspondía el derecho de elección.

Las reglas establecidas en el Código civil en los artículos 1.180-1.182, derivan del Derecho justiniano. Si en ellas se habla de cosa que perece cuando dos solamente integran la obligación, conviene recordar que el art. 1.183 extiende la regla a los casos en que las cosas sean más de dos y además tener presente que el lenguaje del Código es impreciso, debiéndose extender las normas a cualquiera clase de prestaciones y no únicamente a la de dar. Estas normas preceptúan:

a) en el caso en que la elección corresponda al deudor: 1) que imposible una prestación, aun por culpa del deudor, la obligación se transforma en simple, hallándose obligado el deudor a realizar la otra sin que pueda serle exigida la *aestimatio* de la imposible (art. 1.180, párr. 1.º); 2) imposibles todas las prestaciones, si el deudor es culpable de la imposibilidad de alguna, debe prestar la *aestimatio* de la prestación en que la obligación se concentró (art. 1.180, párr. 2.º).

b) en el caso en que la elección corresponda al acreedor: 1) imposible una prestación sin culpa del deudor la obligación se concentra en la otra, mientras que si hubo culpa por parte del deudor, el derecho de elección del acreedor se podrá ejercitar o con la otra o con la *aestimatio* de la imposible (art. 1.181, párr. 1.º); 2) imposibles todas las prestaciones cuando el deudor sea culpable relativamente a todas o a una sola de aquéllas, el acreedor puede pedir la *aestimatio* de una u otra a su elección.

Las hipótesis de imposibilidad de una o todas las prestaciones imputable al acreedor, y en el doble caso que la elección corresponda a él y al deudor, no se hallan previstas en el Código. Sin embargo, puede colmarse esta laguna recurriendo a los principios generales del derecho, de los que resulta que

a) en el caso de elección correspondiente al deudor: Si una prestación se hace imposible por culpa del acreedor, el deudor puede liberarse o también satisfacer la otra pidiendo la *aestimatio* de la primera; en cambio, si resultan todas imposibles por culpa de aquél, la obligación se extingue y al deudor correspon-

de en virtud de su derecho de elección la facultad de pedir la *aestimatio* de una u otra.

b) en el caso en que la elección corresponde al acreedor: Si una prestación resulta imposible por su culpa puede exigir la otra, pero deberá al deudor la *aestimatio* de la primera; si todas se hacen imposibles y el acreedor es culpable respecto a una, la obligación se extingue. Si fuese culpable de la imposibilidad de todas, aun extinguiéndose la obligación, debe el acreedor a su elección prestar la *aestimatio* de una u otra.

III. *Obligaciones facultativas*.—Fenó
acabamos de examinar se produce en las obligaciones facultativas, llamadas también con facultad alternativa. Son éstas, obligaciones simples, tienen una sola prestación (simple o compleja), pero el deudor puede liberarse prestando uno u otro objeto (1). La diferencia entre ambas categorías se expresa mediante la fórmula tradicional: «una res est in obligatione, plures in facultate solutiones», mientras que en las alternativas «plures sunt in obligatione una autem in solutione». Los efectos que del vínculo produce son importantes en extremo; si el objeto es en estas obligaciones único siempre, decisiva para la suerte de la relación será la suerte de este objeto, no la del otro «in facultate solutionis». De lo que resulta que siendo imposible la prestación convenida, la obligación se extingue y no puede obligarse al deudor a realizar la otra. En cambio, resultando ésta imposible, la obligación subsiste como era antes, esto es, simple, habiendo perdido el deudor la facultad de liberarse con ella.

IV. *Obligaciones genéricas* (2).—La indeterminación que en

(1) Ejemplos: La facultad concedida al comprador, en la venta de un inmueble rescindida por causa de lesión *ultra divisium*, de restituir la cosa o retenerla pagando el suplemento hasta el justo precio (art. 1.534); la facultad otorgada al partícipe en una división que ha causado lesión por más de la cuarta parte, de proceder a nueva división o de abonar al que sufrió la lesión el suplemento de su parte (art. 1.042); la otorgada al tercer poseedor del inmueble hipotecado de proceder al juicio purgatorio, o pagar los créditos o abandonar el inmueble (art. 2.013).

(2) Berndorff, *Die Gattungsschul*, Berlín, 1900; Kisch, *Gattungsschul und Wahltschuld*, Leipzig, 1912; Vassalli, *Delle obblig. di genere in dir.*

las obligaciones alternativas es relativamente limitada, aumenta sin llegar a ser absoluta en una especie en que las prestaciones no se hallan individualizadas, sino indicadas por el género a que pertenece; en forma que se debe prestar de las indicadas una determinada cantidad. El tipo más frecuente es el de obligación de dar una cierta cantidad determinada o determinable de cosas pertenecientes a un *genus* (art. I.117); éste puede ser más o menos reducido según sean más o menos numerosas las cualidades específicas designadas para su determinación (ejemplo, cien cabezas de mi hato de ovejas, cien ovejas de Perusa, cien bueyes), pero no puede ser nunca tan amplio que resulte indeterminado (por ejemplo, un animal). En este concepto entra toda clase de prestaciones; por tanto, no sólo aquéllas que se determinan por número, medida o cantidad. La nota característica de estas obligaciones consiste en que el objeto propio de la misma lo constituye el *genus* a que pertenecen las prestaciones. Y la consecuencia práctica más importante es que no se verifica la extinción por sobrevenida imposibilidad de la prestación. Esto es más evidente en las obligaciones de dar, para las que rige el principio: *genus non perit*.

Pero tal principio no debe entenderse sin limitaciones: en efecto, si el *genus* es tan limitado que constituye una cantidad circunscrita, determinada del género más amplio a que pertenece, es concebible un *interitus* de todas las especies que lo integran y, por tanto, es perfectamente admisible como consecuencia lógica necesaria la extinción de la obligación relativa (perecimiento de todos los bueyes de mi ganado, de entre los que debían elegirse los cien debidos; la pérdida de todo el vino de la bodega de donde debía separarse la cantidad debida). Aquí se da también el fenómeno de la concentración, el cual se verifica mediante el cumplimiento o la especificación; el vínculo en el que figuran no los objetos individuales, sino el género abstracto, se *concentra* en el objeto que se presta; este objeto puede ser

rom. (St. Senesi, XXVI, 1909); *Nuove osserv. sulle obbig. alt e generiche* (en *Misc. crit. di dir. rom.*, Roma, 1617, III, páginas 5 y siguientes).

uno cualquiera, siempre que ofrezca los caracteres del *genus* debido. Sin embargo, en nuestro Derecho rige el principio que imperaba ya en el Derecho romano justiniano. El deudor, del mismo modo que no está obligado a prestar la mejor de las especies que pertenecen al género debido, tampoco puede prestar la peor (artículos 870, 1.248) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Por lo que respecta a las obligaciones divisibles e indivisibles, nuestro Código civil contiene una disciplina pobre y defectuosa. El art. 1.151 considera *indivisibles*: 1.º Las obligaciones de dar cuerpos ciertos. 2.º Aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.

Son *divisibles* las de hacer susceptibles de cumplimiento parcial, como son las que tienen «por objeto la prestación de un número determinado de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas u otras cosas análogas.

La divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones de no hacer se decidirá según el Código por el carácter de la prestación en cada caso particular.

En cuanto a los efectos de la divisibilidad e indivisibilidad varían, según sea la obligación individual o mancomunada, distinguiendo en este último caso que la indivisibilidad se refiera a los acreedores o a los deudores.

Si la *obligación es individual*, la divisibilidad e indivisibilidad no tiene apenas trascendencia jurídica, pues según el párrafo primero del artículo 1.169, aun siendo la obligación divisible, «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente ni el deudor a cumplir de este modo». Esta es la razón del artículo 1.149.

Que la obligación sea mancomunada. Si en esta hipótesis la obligación es divisible se aplica el art. 1.338 concerniente a las mancomunadas simples, que dice: «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya reputándose créditos o deudas distintos unos de otros. Si es indivisible hay que distinguir dos casos:

Indivisibilidad respecto de los acreedores.—En tal caso los acreedores proceden colectivamente para reclamar su crédito. El Código dice que «si la división fuese imposible sólo perjudicarán a los acreedores los actos colectivos de éstos».

Indivisibilidad respecto de los deudores.—El art. 1.139 dispone que para hacer efectiva la deuda de cosa indivisible ha de procederse contra

§ 71.—*Prestaciones especiales*

Polacco, *Obblig.*, § 45, 76-79, 125-130, 139-147; Crome, *Obblig.*, §§ 8-10; Zachariae, *Man.*, II, § 288; Aubry y Rau, *Cours*, IV, § 308; Planiol, *Traité*, II, números 221 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 1, §§ 256-261.

Dada la infinita variedad de las cosas y de los hechos positivos y negativos que pueden ser objeto de la prestación, sería conveniente consignar otras clasificaciones a más de las ya expuestas. Merecen especial consideración tres especies de objetos, que por su mayor frecuencia en las relaciones obligatorias o por la función especial que realizan, se hallan sometidas a un régimen peculiar: el dinero, los intereses, el resarcimiento del daño.

Prestaciones pecuniarias (1).—El dinero puede ser objeto de una prestación desde el momento en que la obligación se crea (mutuo de dinero) y puede ser objeto de la prestación también, por transformación sucesiva del objeto originario que se constituye por una prestación pecuniaria. Este fenómeno se verifica, como veremos en todas las obligaciones en que la prestación

todos los deudores, pero si alguno de éstos resultase insolvente no estarán los demás obligados a suplir su falta. En el caso — dice el art. 1.150 — de incumplimiento por faltar cualquiera de los deudores a su compromiso, la obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios; mas los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos, no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación. Es decir, que no tienen el deber de indemnizar perjuicios.

Obligaciones alternativas.—La disciplina de estas obligaciones está contenida en los artículos 1.131, 1.132, 1.133, 1.135 y 1.136 del Código civil.

Obligaciones genéricas.—A más del principio *genus nunquam perit*, hay que tener en cuenta los artículos 1.096, 1.097 y 1.167 del Código civil.

(1) Hufeland, *Ueber die rechtliche Natur der Geldschulden*, Berlín, 1851; Hartmann, *Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden*, 1868; Gruchot, *Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld*, 1871; Knies, *Das Geld. Darlegung der Grundlehren von Gelde*, Berlín, 1885; Polacco, *Dazione in pagamento*, I, pág. 150. Cfr. Savigny, *Oblig.*, § 40 y siguientes.

consista en un objeto que no sea dinero, cuando no sean cumplidas y el incumplimiento provoque una condena judicial. La condena en definitiva se resuelve en una prestación pecuniaria por el carácter incoercible de las prestaciones, aun de aquellas que no consistan en *facere* o en un *non facere*.

Cuando el dinero es objeto inicial, puede éste ser considerado en la relación de dos modos: o como medio universal de cambio, sin consideración a cada especie representativa del valor y atendida únicamente su cantidad por el valor total que representa en los cambios, o como mercancía en cuanto se consideran cada una de las monedas por la esencia metálica que contienen y el valor que el Estado les asigna mediante el cuño. Tipo de relaciones en las que la moneda viene considerada en esta segunda función es, por ejemplo, una venta con fines coleccionistas de monedas de oro de veinte liras emitidas en determinado año o el depósito de una cantidad de monedas metálicas sin facultad de uso en el depositario. Objeto de la prestación en este caso son aquellos *corpora nummorum* determinados como especie de un *genus* (venta) o individualizados de tal modo que no sería posible la prestación de otros del mismo género (depósito). Tipo de las otras relaciones lo constituye el mutuo de dinero, en el que no se toman en consideración la especie ni el *genus* y el deudor queda liberado prestando otro género de monedas con tal de que el valor prestado equivalga al recibido.

Entre uno y otro extremo hay otras combinaciones en las que la moneda, siendo considerada como simple medio de cambio, tiene, sin embargo, especial consideración por el valor que una cierta especie puede alcanzar en determinado momento en la economía pública de una nación, y como las partes pueden preestablecer la calidad de moneda que debe ser prestada en pago, la ley debe intervenir, ya fijando el modo de ejecutar las prestaciones pecuniarias cuando las partes no lo hayan previsto, ya limitando la libertad de éstas anulando el convenio que imponía la prestación de moneda que fué retirada de la circulación o excluía determinadas especies o alentaba en otra forma al derecho soberano del Estado de asignar valor o de dar curso

legal o de privar del mismo a las monedas emitidas por él o por otro Estado.

Todo esto depende del distinto valor que las diversas monedas tienen o pueden tener en relación con el valor de las demás mercancías o de las relaciones entre las diversas especies metálicas o entre el papel-moneda y la moneda metálica cuando aquélla circule con ésta, o del régimen monetario que en orden a una u otra el Estado adopte. Para cada moneda metálica se ofrece la posibilidad de un triple valor:

a) *El intrínseco*, determinado por el valor del metal fino y de la aleación contenido en cada pieza acuñada.

b) *El extrínseco o nominal* que el Estado le atribuye soberanamente mediante el cuño (*forma pública percusa*), asignando a cada pieza un valor de cambio que debe estar en relación con el valor intrínseco, pero no coincidir con él.

c) *El comercial o valor de curso*, representado en el comercio y sujeto a las oscilaciones de los cambios mercantiles y, sobre todo, a las de los internacionales.

Cuando en un régimen bimetalista (oro y plata) se introduce la circulación del papel-moneda, éste, que no es dinero, sino que representa la correspondiente cantidad de moneda, puede:

a) conservar su función representativa para la mayor comodidad de los cambios, de modo que recibiendo forma y valor del Estado o de las instituciones bancarias que en nombre del Estado y por concesión del mismo la emiten, entra en la circulación monetaria y debe ser admitida por las Cajas públicas y por los particulares (*curso legal*), pudiendo exigirse siempre de la entidad emisora su conversión en oro o plata, o ser declarada inconvertible, debiendo admitirla todos sin que puedan exigir su conversión metálica (*curso forzoso*) (1).

(1) El régimen acogido en la legislación italiana en orden a ambas clases de moneda, resulta de una serie de leyes y de convenios internacionales, entre los que figuran como principales los siguientes: Por la ley de 24 de Agosto de 1862, n. 788 sobre unificación del sistema monetario y Convenio monetario de París de 6 de Noviembre de 1885 (l. 30 de Diciembre de 1885, n. 3.590), las monedas de oro y plata son acuñadas por las Casas de la Moneda (*zeche*) del Estado en piezas de L 100,

En toda obligación de dinero rige el principio general de que el deudor—cuando no se pactare lo contrario—puede realizar sus prestaciones en moneda metálica o papel-moneda, siempre que ésta tenga curso legal, y hacer tales prestaciones por el valor nominal que tengan ambas especies.

50, 20, 10, 5 de oro, de 5, 2, 1 de plata, siempre dentro de los límites legales. (Las monedas de oro y plata de cinco liras con ley de 900 milésimas, las fraccionarias de plata con ley de 835 milésimas, todas con una tolerancia en orden al peso o a la ley variable de 1 a 5 ó de 1 a 3 milésimas). Las monedas de bronce son acuñadas también por el Estado en piezas de 10, 5, 2 y un céntimo, con una proporción de 960 milésimas de cobre y 40 de estaño y con una tolerancia de 5 milésimas. Añádanse las monedas de níquel puro y aleación de 25, 20 y 50 céntimos autorizadas por Decretos de 21 de Febrero de 1894, n. 49, 13 de Febrero de 1904, n. 54 y otros. Todas circulan obligatoriamente salvo los límites supuestos para los pagos en moneda fraccionaria, según los cuales los particulares sólo pueden recibir obligatoriamente hasta 50 L (para su admisión por las Cajas públicas no hay límite alguno) y aquellos efectuados en moneda de bronce que sólo puede emplearse en los pagos para completar las fracciones de lira. Algunas monedas (de oro y plata de 5) circulan también entre los países de la liga latina, como circulan también en Italia las correspondientes extranjeras.

La circulación fiduciaria está representada por billetes del Estado de 5, 10 y 25 L y por billetes del Banco emitidos por las entidades autorizadas y respetando los límites legales (Banco de Italia de Nápoles, de Sicilia). La ley de 7 de Abril de 1831, n. 133, abolió el curso forzoso (introducido con Decreto-ley de 1 de Mayo de 1866 y regulado por la ley de 30 de Abril de 1874, n. 1.920; la ley de 30 de Agosto de 1893, n. 449, reorganizó los institutos de emisión y creó el Banco de Italia; la ley de 8 de Agosto de 1895, n. 486, contiene disposiciones de orden financiero y relativas al Tesoro; el Reglamento que regula todo lo relativo a los billetes del Estado y de Banco, es de 30 de Octubre de 1896, n. 508. Después de haber abolido el curso forzoso declarando convertible en moneda legal de oro y plata el papel moneda, al portador y a la vista, nuevas necesidades financieras impusieron la suspensión de la obligación de conversión a la vista; tal suspensión (temporal, según la declaración legal pero de hecho aún vigente) fué impuesta con Decreto de 21 de Febrero de 1894, n. 50 (convertido en ley con la de 22 de Julio de 1894, n. 339), y ni para los billetes del Estado ni para los de Banco subsiste la obligación de convertirlos en moneda metálica.

Durante la Gran Guerra europea y aun después, por efecto de gra-

De esto se desprende que si durante el tiempo que media entre la constitución de la relación y el pago: *a*) hubo un cambio monetario, el deudor no está obligado a pagar con las mismas monedas que recibió, ni se libera prestando las que en el momento de la *solutio* estuvieren fuera de curso; *b*) que si el cambio se produjo, respectivamente, al valor nominal de la moneda o hubo una alteración en la relación de los metales preciosos con las demás mercancías el acreedor y el deudor se atenderán a su valor nominal actual sin tener en cuenta el aumento o disminución experimentados con respecto al valor nominal anterior o al valor intrínseco. Así lo preceptúa el Código civil en el art. 1.821 a propósito del mutuo; la norma es aplicable a toda relación obligatoria: «La obligación resultante de un préstamo de dinero será siempre de la misma suma numérica expresada en el contrato. Si las monedas experimentan en su valor aumento o disminución antes de vencer el término para el pago, el deudor deberá restituir la suma numérica que le fué prestada y

vísimas perturbaciones económicas y de las dificultades financieras del Estado, el régimen antes vigente quedó profundamente alterado. La circulación fiduciaria aumentó extraordinariamente, tanto la del Estado como la de los institutos de emisión, no correspondiendo ya al encaje o reserva metálica, aumentándose el importe de los anticipos debidos al Estado por los Bancos de emisión (cfr. Real decreto o Lugartenencial de 4 de Agosto de 1914, n. 791, 18 de Agosto de 1914, n. 828, 19 de Septiembre de 1914, n. 1.007, 23 de Noviembre de 1914, n. 1.286, 23 de Mayo de 1915, n. 709, 27 de Junio de 1915, n. 984, 17 de Octubre de 1915, n. 1.524, 23 de Diciembre de 1915, n. 1.813, 8 de Julio de 1917, n. 1.097, 4 de Noviembre de 1917, n. 1.787, etc.); se concedió al Gobierno la facultad de poder fijar el curso medio de los cambios; se cerraron las Bolsas (Real decreto de 30 de Agosto de 1914, n. 919); se ordenó el registro de todas las operaciones de cambio sobre el extranjero (Decreto-ley de 23 de Agosto de 1917, n. 1.346, 2 de Septiembre de 1917, n. 1.382); se prohibió el comercio libre y se creó el Instituto Nacional de Cambios (Decreto-ley de 11 de Diciembre de 1917, n. 1.956); se retiró de la circulación la moneda fraccionaria de plata (Decreto-ley de 10 de Octubre de 1917, número 1.550, 9 de Diciembre de 1917, n. 1.990) y se introdujeron otras restricciones e innovaciones al régimen normal. Actualmente subsiste este régimen extraordinario, que durará en tanto no se consiga el saneamiento de las finanzas públicas y de la economía nacional.

la restitución la efectuará en la moneda que circule al tiempo de verificarse el pago» (1).

Cuando, por el contrario, las partes pacten la moneda con que la *solutio* debe efectuarse, conviene distinguir dos hipótesis esencialmente diversas: a) que se haya determinado la especie de moneda (oro o plata), y en tal caso el deudor no puede pagar con monedas de otra clase, siendo siempre decisivo el valor nominal que tuviere al tiempo de efectuarse el pago, cualquiera que haya sido el aumento o disminución que hubiere experimentado en el intervalo; b) que se determine, no la clase de moneda, sino el número de monedas a prestar; en este caso (cuando la interpretación de la voluntad no induzca a estimar que al fijar el número se tuvo en cuenta el valor total) la prestación deberá hacerse pagando el número de monedas que se determinó, cualquiera que sea el valor nominal de las mismas al tiempo de efectuarse el pago. El art. 1.822 declara: «La regla contenida en el precedente artículo no tiene aplicación cuando se hayan entregado monedas de oro o plata y se pacte la restitución en la misma especie y cantidad». Una excepción a esta regla fué establecida: si las monedas cuya restitución se pactó no pudieren hallarse o no tuvieran curso o hubieren experimentado alteración en orden a su valor intrínseco, el deudor deberá prestar el equivalente calculando el valor intrínseco que las monedas tenían al tiempo en que surgió la obligación (art. 1.822, párr. 1.º).

En materia mercantil se aplica el art. 39 del Código de Comercio, que dispone que si la moneda indicada en el contrato no tuviere curso legal o comercial en el Reino y si no se expresó el cambio, el pago se efectuará con la moneda del país al cambio que tuviere el día del vencimiento y en el lugar del pago, y si en éste no hubiere cotización, se efectuará según la cotización de la plaza más próxima, salvo el caso de que el contrato contenga la cláusula «efectivo» u otra equivalente (2).

(1) Véase Tripiccionc, *La svalutazione della moneta naz. e la soluzione delle obbligazioni espresse in danaro* (*Riv. dir. civ.*, 1924, páginas 209 y siguientes).

(2) Las citadas normas (artículos 1.245, 1.821, 1.822 del Código civil

II. *Prestación de intereses.*—Esta prestación en realidad no es más que una especie de las anteriores (I), porque, si bien el lenguaje usual no entiende por intereses (2) otros que no sean los pactados en dinero, jurídicamente se comprenden también en la palabra los constituídos por cosas fungibles. Intereses son aquellas cantidades de cosas fungibles que el deudor debe al acreedor como compensación al disfrute de una mayor cantidad de aquéllas debida también al acreedor; surgen o pueden surgir con respecto a una deuda cualquiera como obligación accesoria cuyo contenido se fija con arreglo a un porcentaje sobre el capital.

De su naturaleza deriva, pues, la diferencia que separa estas prestaciones de las otras; la deuda de intereses no puede generarse si no preexiste una deuda principal, porque tiene siempre carácter de prestación accesoria; esto no impide el que los intereses constituyan a veces objeto de una obligación autónoma cuando por un motivo cualquiera se desglose de la del capital hasta el punto de poder accionar por aquélla sin perjuicio de ésta.

y 39 del Código de Comercio) fueron todas derogadas durante la guerra y después de ésta por el Decreto-ley de 28 de Febrero de 1916, n. 224, que dispuso que todos los pagos que hubieren de efectuarse en este período en cumplimiento de contratos con la cláusula «oro efectivo», u otra equivalente, se hicieren en moneda legal según la cotización del día del vencimiento. Cfr. Sacerdoti; *Sui pagamenti pattuiti in oro durante la guerra* (Riv. dir. comm., 1916, I, páginas 313 y siguientes). Este Decreto se prorrogó hasta el 30 de Abril de 1921 por Real decreto de 7 de Noviembre de 1920, n. 1.717.

(1) Para la teoría general, v. Cotelle, *Traité des intérêts*, París 1826; Randa, *Die Lehre von den Zinsen und der conventionalstrafe*, 1869; Carus *Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen*, 1876; Petrazicki, *Lehre vom Einkommen*; Tangorra, *Interesse* (en *Dig. it.*); Piola Caselli, *Interessi* (en *Enc. Giur.*); Granito, *Interessi* (en *Diz. prat. di dir. priv.*); Messa, *Teoria generale degli interessi*, Milano.

(2) *Usurae* según la terminología romana que no atribuía a esta palabra el odioso significado que nosotros le atribuimos. Sobre la distinción romana de *usurae in obligatione* y las de *in officio iudicis* y sobre su diversa naturaleza, véase Fadda, *Le insurae quae officio iudicis praestantur* (Riv. it. p le Sc. giur., II, 1886, páginas 355 y siguientes).

No corresponde al Derecho explicar el fenómeno económico en cuya virtud una suma de dinero puede producir fruto, es decir, crear, mediante su empleo y como compensación a las utilidades que procura, otro valor económico; el Derecho lo reconoce e interviene solamente en su regulación dictando normas para el caso en que, aun sin la voluntad de las partes, una prestación deba producir intereses o limitando la libertad de los contratantes para impedir los abusos que pueda originar este fenómeno, como es, por ejemplo, la usura.

a) *Especies.*—Los intereses pueden reconocerse por causa directa la ley o la voluntad manifestada mediante negocio jurídico. Llámense *legales* los primeros y *convencionales* los segundos; pero esta última denominación es impropia porque los intereses pueden derivar de contrato, pero también de disposición testamentaria; por esto sería más propia la denominación de *voluntarias*.

En los legales pueden subdistinguirse dos especies que deben ser perfectamente caracterizadas y separadas, ya que es completamente diverso el motivo o título por el que la ley los impone al deudor.

a) Una es la de los intereses de *demora*; estos intereses son debidos por el hecho del retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación (*mora*) y representan la liquidación operada *ex lege* del daño que el incumplimiento produce al acreedor. La norma general de la ley dictada para las deudas pecuniarias es que, en caso de mora del deudor y a falta de pacto especial, los perjuicios que deriven del retraso en el cumplimiento consisten en el pago de los intereses legales que se deberán desde el día en que comenzó la mora, sin que el acreedor se halle obligado a justificar pérdida alguna (art. 1.231). El supuesto de tal norma es que nadie tiene los capitales infructíferos y que la mora del deudor, que no es otra cosa que una especie de culpa, produce siempre al acreedor un perjuicio que debe ser resarcido con los intereses legales (1). Si la liquidación legal del daño priva al

(1) De lo que se deduce que no serán debidos si el día de la demanda la deuda es incierta e ilíquida; en efecto, *in illiquidis non fit mora*;

acreedor del derecho de exigir intereses más altos que los legales cuando pruebe haber sufrido un perjuicio mayor, es cuestión muy debatida (1). Estos intereses mayores—que la terminología usual llama *compensatorios*—deben excluirse (2) por admitirlos excepcionalmente el art. 1.231 en las deudas mercantiles y en la *fideiussio* (art. 1.915) y sociedad (art. 1.710).

β) En otra causa se origina la obligación legal de los intereses *retributivos* (3). Es extraña a estos intereses la idea de mora o culpa del deudor; su única función es restablecer el equilibrio patrimonial; impiden que se verifique un enriquecimiento injusto en favor de una u otra parte, imponiendo a quien sin justa causa obtenga un provecho del capital ajeno como retribución debida por su uso, el interés legal. Aplicaciones de este concepto y de carácter distinto de los de demora, son: los intereses debidos por el comprador por el precio no pagado hasta el día del pago cuando hubiere recibido la cosa y ésta produzca frutos o productos (art. 1.509), porque no es justo que el comprador goce de los frutos de la cosa y del precio; los debidos por el heredero

la condición de ilíquida se refiere al *quantum* y por sí sola basta a impedir el que corran los intereses. Cfr. Iannuzzi: *Degli interessi nei debiti illiquidi* (*Foro it.*, 1877, I, páginas 864 y siguientes); Abello: *Sulla massima in illiquidis*, etc. (*Ant. giur.*, 1904, páginas 115 y siguientes); Miadomsa; *Sulla regola in illiquidis* (*Filang.*, 1907, páginas 817 y siguientes).

(1) Perenzoni, *Interessi moratori e interessi compensativi*; Casal Monferrato, 1893; Nodica, *I danni interessi compensativi nel dir. civ. it.*, Torino, 1912; Giorgi, *Obblig.*, II, páginas 203 y siguientes; Polacco, *Obblig.*, páginas 646 y siguientes; Crome, *Obblig.*, pág. 91; Ascoli, *Interessi moratori e compensativi* (*Riv. dir. civ.*, X, 1918, páginas 396 y siguientes).

(2) Pero esto se entiende si no hay otro hecho además de la *mora solvendi*; serían exigibles como daños si el deudor incurriese en otra culpa además de la mora.

(3) Sobre la distinción, véase Bolaffio, *L'interesse moratorio e l'interesse corrispettivo* (*Temi. ven.*, 1893, páginas 442 y siguientes). No faltan las divergencias entre los autores en orden a su fundamento y utilidad: cfr. Giorgi, *Obblig.*, II, páginas 197 y siguientes; Polacco, *Obblig.*, páginas 643 y siguientes; Crome, *Obblig.*, páginas 92 y siguientes. Suelen también designarse los intereses retributivos con la frase «intereses compensatorios que se devengan de pleno derecho».

ro a causa del legado, a partir de la muerte del testador, cuando el legado sea de un fundo, un capital, una cosa fructífera (artículo 865); por el constituyente de la dote a cuyo pago se fije un término y a partir del día de la celebración de matrimonio (artículo 1.397), porque desde este día comienzan los *onera matrimonii* a los que se destinan los frutos de la dote; por el que deba restituirla a partir del día de la disolución del matrimonio (art. 1.415); por el mandante, en orden a las sumas anticipadas por el mandatario (art. 1.755); por el coheredero que deba algo a la masa hereditaria y desde la apertura de la sucesión (artículo 1.013); por el socio que deba una suma (art. 1.710); por el tutor, en orden a su deuda con el pupilo desde el día de la rendición de cuentas, sin que precise deducir demanda (art. 308), y en general siempre que se trate de deudas mercantiles de dinero líquidas y exigibles. (Código de Comercio, art. 41.)

b) *Tasa*.—La medida de los intereses legales o establecidos mediante negocio jurídico es determinada por la ley o la voluntad de las partes. Hay que distinguir, pues, la tasa *legal* de la *convencional*, y en orden a estos últimos, cuando la ley los limite, había que distinguir una tasa *licita* y otra *ilícita* o *usuraria*.

Grave y complejo problema es el de la determinación de la tasa y de la función respectiva del legislador; un problema que ha preocupado siempre (y que fué causa de agitaciones y perturbaciones políticas) por las múltiples cuestiones de altísima trascendencia social que lleva aparejadas y por la dificultad de conciliar los criterios económicos con los jurídicos, las puras aspiraciones sentimentales con las exigencias de la vida y del comercio. Cuáles son los criterios que deben presidir la fijación de la tasa legal; si en orden a los intereses convencionales, y por respeto a la libertad individual, debe dejarse su fijación al arbitrio de las partes, o debe, por el contrario, intervenir el Estado para corregir los excesos y reprimir los abusos de la usura; admitida la intervención, cuáles deben ser sus límites y cuándo puede considerarse lícito el interés y cuándo usurario; de qué modo podrá actuarse una represión eficaz de la usura; he aquí los problemas que el legislador debe afrontar y resolver y que

la historia de las legislaciones antiguas y modernas nos ofrece resueltos en mil formas diferentes.

De la negación de la licitud de todo interés, incluso módico, proclamada por el Evangelio (1) y ratificada por la doctrina constante de la Iglesia (2) y de lo establecido por la ley hebraica, que consideraba ilícito el interés en las relaciones entre los hebreos y perfectamente permitidos en las relaciones con los extranjeros (3), al sistema de libertad casi absoluta del interés convencional acogido por la ley italiana (art. 1.831) y por la francesa (esta última para toda clase de relaciones y sin limitación primero, luego sólo relativamente a los intereses mercantiles; art. 1.907, ley de 12 de Enero de 1886); de los sistemas que fijan los límites máximos del interés que las partes no pueden sobrepasar, como fué el sistema romano, que en el período clásico adoptó como *maximum* las *centesimae usurae* (12 por 100), y en el justiniano las *semisses* (6 por 100), salvo tasas mayores o menores, según la naturaleza de la deuda (mercantil: *besses usurae*, 8 por 100), o la calidad del acreedor (senadores y personas ilustres: *trientes usurae*, 4 por 100), y como lo fué también el francés, implantado con la ley de 3 de Septiembre de 1807, que fijaba en 5 por 100 el interés máximo civil y en 6 por 100 el máximo interés mercantil, a aquellos otros que, como el germánico (leyes de 24 de Mayo de 1880 y 19 de Junio de 1893), no fijan máximo alguno, y dejando a las partes en libertad para determinarlo, consideran usurario el interés que excede del corriente en una localidad o conceden al Juez la facultad de declarar la usura en cada caso cuando la ventaja que al deudor reporta sea desproporcionadamente inferior al valor de la contraprestación por él debida; de las legislaciones positivas, que castigan la usura con sanciones penales y civiles o declaran nulo el

(1) Evang., sec. Lucam, IV, 35: «Verum tamen diligite inimicos vestros: benefacite et mutuuum date. nihil inde sperantes».

(2) Decretales, tít. X, *de usuris*, 5, 19; in VI, *de usuris*, 5, 5; Clem., *de usuris*, 5, 5.

(3) *Levit.*, XXV, 37, 38; *Exod.*, XXII, 25; *Denter.*, 19-20; «Non generabis fratri tuo ad usuram pecuniam».

negocio jurídico (Código civil alemán, § 138), o autoriza al deudor a imputar los intereses al capital (ley francesa de 3 de Septiembre de 1807), o admiten la repetición—hay toda una larga historia de vicisitudes por las que ha pasado este problema en cada pueblo—. Esta historia nos muestra la innanidad de los esfuerzos para acabar con la usura (1) por la inagotable variedad de expedientes a que en todo lugar y en toda época han recurrido los usureros para burlar las prohibiciones legales (2).

Nuestro sistema se halla comprendido en los artículos 1.831 y 1.832 del Código civil y en la ley de 22 de Junio de 1905, núm. 268.

La tasa fijada por el Código civil (art. 1.831) en el 5 por 100 en materia civil y en el 6 por 100 en la mercantil, se redujo por la ley de 22 de Junio de 1905, respectivamente; al 4 y al 5. En estas medidas (la diversidad de materias no tiene hoy la justificación que en otro tiempo pudo tener) deben prestarse los in-

(1) Sobre la historia de la usura y sus formas: Petit, *Traité de l'usure*, 1840; Neumann, *Geschichte des Wuchers in Deutschland*, 1865; Junk, *Geschichte des Kirchlichen Zinsverbotes*, 1876; Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im griechischen u römischen Altertum*, Leipzig, 1898; Stein, *Der Wucher und sein Recht*, Wien, 1880; Zachariae, *Man*, II, páginas 641 y siguientes; Planiol, *Traité*, II, n. 2.069 y siguientes. Una magistral exposición histórica de la materia se hallará en Salvioli, *Stor. del dir. it.*, 8.^a edición, Turín, 1921, páginas 636 y siguientes. Véase también la obra del mismo autor *La dottrina dell' usura secondo i canonisti e i civilisti italiani dei sec. XIII e XIV* (en *Studi per Fadda*, II, páginas 259 y siguientes).

(2) Para citar algunos, recordaremos el préstamo hecho con detracción anticipada de intereses, la venta con pacto de retro, en la que el prestamista compra la cosa del deudor reservándose éste el derecho de comprarla de nuevo por un precio mayor representando el aumento el interés usurario; la venta con arrendamiento, compuesta de venta y arrendamiento ambos ficticios, cuando estipulada la venta con pacto de retro, el comprador arrienda la cosa al vendedor por un precio que en realidad representa el interés del préstamo; la *mohatra* (que se usó mucho en la Edad Media y cuyo nombre proviene del árabe), que consiste en dos ventas ficticias; una venta al contado hecha por el deudor de la propia cosa al prestamista, una compra del deudor, a crédito, por precio más alto que el deudor retiene hasta el vencimiento y cuya diferencia oculta la usura.

tereses legales y los convencionales cuando el negocio que los establece no determine su medida.

En orden a la tasa convencional, es decisiva la libre voluntad de las partes (art. 1.831, párr. 1.º); en la ley falta toda determinación de máximo, y la omisión fué deliberada en los compiladores por respeto al principio de la libertad, exagerado por prejuicios doctrinales.

Dos limitaciones se establecían: la obligación impuesta a las partes en las deudas civiles de hacer constar en documento escrito la medida de los intereses cuando excedieren de los legales, bajo conminatoria al acreedor de perder en caso contrario el derecho a todo interés (art. 1831, párr. 2.º); la facultad conferida al deudor de un mutuo con intereses superiores a los legales de restituir, aunque se hubiere pactado lo contrario, las sumas debidas cuando hubieren transcurrido cinco años, previo aviso por escrito al acreedor seis meses antes de efectuar la restitución (art. 1.832). Con la primera disposición se tendía a evitar los intereses usurarios, confiando en que por dignidad y por temor al público desprestigio, los acreedores no se atreverían a consignar por escrito intereses considerablemente superiores a los legales; con la segunda se venía a proteger al deudor en todos aquellos casos en que las oscilaciones del mercado monetario imprevisibles a largo tiempo hicieren para él la deuda excesivamente onerosa, y conciliando los intereses del deudor con los del acreedor, se limitaba la facultad de la denuncia al caso en que hubieren transcurrido cinco años y mediante aviso previo al acreedor. De esta facultad se excluían los deudores de rentas vitalicias (art. 1.833) por su carácter aleatorio y los de anualidades que comprendiesen los intereses y una cuota de amortización del capital. También se derogaron aquellas normas en orden a las deudas contraídas por el Estado, Municipios y otras corporaciones; pero como quiera que la autorización prescrita para que estas entidades puedan contratar mutuos no les libra del peligro de contratarlos gravosos, se creyó oportuno abolir la derogación con la ley de 17 de Mayo de 1900, número 173.

La escasa eficacia de tales frenos y limitaciones que la ley italiana reputó suficientes la evidencian los esfuerzos de la jurisprudencia (1) para combatir las mil formas en que astutamente se ejerce la usura en Italia y los varios proyectos de ley que para su represión se presentaron, sin que ninguno de ellos fuese aprobado (2).

Anatocismo.—El legislador no interviene solamente fijando máximos y tasas.

Puede, como hizo en el Derecho romano, prohibir que los intereses devengados y no pagados se capitalicen para hacer que produzcan nuevos intereses (anatocismo); puede también prescribir que cuando los intereses alcancen el importe de la deuda principal ésta cese de producir intereses. Muy importante es la primera de estas limitaciones; la prohibición del anatocismo, mantenida siempre en la legislación romana, acogida por el an-

(1) Los Tribunales, (a falta de una norma explícita, llegaron a admitir la impugnación del contrato por vicio del consentimiento en cuanto se debe considerar obtenido con violencia el consentimiento del deudor que acepta pagar intereses muy elevados), recurrieron al concepto de estado de necesidad que priva de la libertad de querer en cuanto que el deudor constreñido por urgente necesidad de subsistir o por la persecución de otros acreedores, expuesto al riesgo de perder su honor, consiente pasivamente como el náufrago que quiere salvar el peligro (Código civil, art. 1.111) o consideraron fundada en causa ilícita y, por consiguiente, nula la convención usuraria como abiertamente contraria a los principios de la moral (artículos 1.104, 1.119, 1.122). Son muchas las sentencias que con tales remedios llegan a colmar las lagunas legales y a moralizar el innoble comercio del dinero.

(2) Los proyectos presentados fueron el de Aguglia y Della Rocca de 9 de Abril de 1894; de Compans, de 25 de Noviembre de 1895; de Gianturco, de 23 de Noviembre de 1900; de Sonnino, de 29 de Enero de 1901, de Garofalo, Filomusi y otros, de 11 de Mayo de 1910. Sobre éstos y la obra jurisprudencial italiana, véase Sraffa, *Sul progetto di legge per la repressione dell' usura*, Milán, 1901; Galante, *Le nuove correnti della giurispr. per la repressione dell' usura* (*Riv. Crit. di dir. e giur.*, 1910, I, páginas 1 y siguientes). Rotondi, *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell' usura* (*Riv. dir. civ.*, II, 1911, páginas 237 y siguientes); Degni, *La repressione dell' usura in Italia*, Nápoles, 1911; *Ancora della repressione dell' usura* (*Riv. dir. Comm.*, 1918, II, páginas 634 y siguientes).

tiguo Derecho francés y por la legislación italiana del pasado no lo fué en nuestro Código vigente (art. 1.232) inspirado en el francés (art. 1.154).

Sin embargo, notables restricciones se impusieron al principio de la licitud del anatocismo por la misma norma que la admitió. Se exige, en efecto, para que puedan ser capitalizados que se trate de intereses debidos por un año completo, prohibiéndose la capitalización de los intereses mensuales o semestrales; que los intereses capitalizados hayan vencido en el momento en que judicialmente se demanden las *usurae usurarum* o en el momento en que éstas se fijan mediante convención, en forma que resulta prohibido el pacto de intereses sobre intereses futuros y cualquiera convención por la que se pacte una anticipada capitalización de intereses futuros. Estas restricciones cesan en materia mercantil cuando la relación venga regulada por los usos, costumbres y leyes mercantiles; la prohibición de la capitalización de intereses correspondientes a tiempo inferior a un año cesa en orden a las Cajas de Ahorro regidas por sus reglamentos especiales (1).

III. *Prestación del id quod interest* (2). Contenido especial e

(1) Véase Ruggiero, *Anatocismo* (en *Diz. prat. di dir. priv.*); Caraffa, *Anatocismo* (en *Dig. it.*); Bianchi, *La retroattività dell anatocismo convenzionale* (*Arch. giur.*, XVIII, 1877, pág. 27). Análogas disposiciones en el Código suizo de las obligaciones (art. 314) y en el germánico (§ 248).

(2) La doctrina del *id quod interest* como contenido especial de la prestación es desenvuelta en los tratados italianos y franceses de derecho civil, en otro lugar, al estudiar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones; este estudio resulta defectuoso e incompleto, porque, como se ha dicho, la obligación del resarcimiento por incumplimiento o por mora sólo constituye uno de los casos. En la literatura francesa e italiana faltan estudios generales y autónomos; en la literatura alemana, por el contrario, abundan. Véase Mommsen, *Zur Lehre von dem interesse* (en *Beiträge. Obligationen-recht*, II, 1855); Cohnfeldt, *Die Lehre vom interesse nach röm. Recht*, 1865; Gimmerthal, *Die Lehre von interesse in ihren grundzuge reconstruirt*, 1876; Pfaff, *Zur Lehre vom Schadenersatz und Gerugthung nach öst. Recht*, 1881; Degenkolb, *Der specifische Inhalt des Schadenersatzes* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXXVI, páginas 1 y siguientes); Fischer, *Der Schaden nach B. G. B.*, Jena, 1903; Bartsch

importantísimo de la prestación, es el de las obligaciones que tienden al resarcimiento del daño o a la reparación del perjuicio irrogado al patrimonio, a los bienes materiales o inmateriales de una persona (honor, dignidad, reputación, integridad personal) por hecho positivo o negativo de otra. El objeto en tal caso es lo que, según la terminología moderna, se suele designar con las palabras «daños y perjuicios», y, según las fuentes romanas, con más precisión y más técnica *id quod interest*; el obligado responde al damnificado de las consecuencias directas o indirectas del propio hecho y tal responsabilidad se traduce en la necesidad de incluir en el patrimonio de aquél, un valor que represente el «interés» del perjudicado, o sea, no el valor efectivo de la cosa destruída o perjudicada o de la prestación no realizada o del derecho violado, sino, en vía general y más comprensivamente, todo lo que represente el interés (*quanti alicuius interest*) que el perjudicado tenía en que el hecho no se realizase.

En el concepto del *id quod interest* se comprende todo perjuicio patrimonial o no patrimonial producido por el hecho de un tercero. Lo constituye la diferencia entre el valor del patrimonio antes de consumarse el hecho y el valor que después de éste posee cuando el daño es patrimonial o cuando, sin serlo originariamente, puede resolverse en un perjuicio de esta índole y la indemnización o resarcimiento tiende a reintegrar en el patrimonio aquello de que fué privado el titular o a ingresar en él lo que su titular esperaba fundadamente adquirir; es, por el contrario, un valor económico independiente que no salió del patrimonio ni hubiere debido adquirirse por su titular y que funciona con el carácter de compensación debida al perjudicado en todos aquellos casos en que el perjuicio, no habiendo repercutido directa o indirectamente en el patrimonio, sea simplemente moral. El resarcimiento y la prestación tienen en tal caso carácter pecuniario. Si bien es cierto que el obligado lo está en pri-

Grundfragen des Schadenersatz rechts (en *Festschr. für Jahrb des Allg. burg. G. B.*, I, páginas 655 y siguientes; Cesáreo Consolo, *Tratt. del risarcimento dei danni*, 2.^a ed., Turín, 1914; Cogliolo, *Danno* (en *Dig. it.*).

mer término a restituir el patrimonio a su estado primitivo, es decir al estado en que se hallaba antes de verificarse el hecho, no lo es el que el *id quod interest* consista en este *restituere*; éste tiene carácter subsidiario cuando la reposición o restablecimiento no es posible o el perjudicado (cuando la ley le otorgue la facultad de elección) solicite la prestación pecuniaria y no el restablecimiento patrimonial en especie. Sólo en un sentido amplio, en cuanto por resarcimiento se entienda toda prestación que tienda a destruir los efectos del hecho dañoso, puede incluirse en el concepto de *id quod interest*, a más de la prestación pecuniaria el restablecimiento específico (1).

Pero el resarcimiento, por otra parte, puede constituir el objeto principal u originario o el objeto accesorio de la prestación. Distintas son las causas que pueden originar la obligación del *id quod interest*. Puede originarla el hecho ilícito de un tercero extraño a la relación obligatoria, el delito o cuasi-delito penal o civil (artículos 1.151-1.156); el objeto aquí *ab initio* es el resarcimiento y es al mismo tiempo primario y originario. Puede originarla también un contrato cuyo fin sea asegurar la reparación de un daño determinado, como son todos los contratos de seguros (Código civil, art. 1.162, y de Comercio, artículos 239, 417 y siguientes). Puede también generarse con la infracción de una

(1) Son muy importantes a este respecto las disposiciones del Código civil alemán referentes a la reparación del daño (*Schadenersatz*); en ellas la obligación se configura en una doble fase: una primaria (restablecimiento), otra subordinada y sucesiva (la prestación pecuniaria) y eventualmente con contenido alternativo en favor del acreedor, § 249: «Quien está obligado al resarcimiento debe restituir las cosas en el estado en que se hallarían, si no hubiera ocurrido el hecho que obliga al resarcimiento. Si por la lesión de una persona o por el perjuicio de una cosa se debe prestar el resarcimiento del daño, el acreedor, en lugar de la restitución, puede exigir la suma de dinero necesaria a tal resarcimiento»; § 250: «El acreedor puede fijar un término al obligado para el restablecimiento o restitución específica declarando al mismo tiempo que rehusara ésta, transcurrido que sea dicho término. Transcurrido el término, el acreedor puede exigir el resarcimiento pecuniario...», § 251: «Cuando el resarcimiento no sea posible o suficiente para la reparación, el obligado deberá resarcir en dinero al acreedor».

relación obligatoria cuando el deudor no cumpla su obligación, y en este caso el resarcimiento subentra como objeto nuevo de la prestación en sustitución del originario (es éste uno de los casos más típicos de mutación del objeto de la obligación por transformación sucesiva), pero continúa siendo único y exclusivo (artículos 1.218, 1.225-1.231). Puede, finalmente, añadirse al objeto primario, adquiriendo así el carácter de accesorio cuando el incumplimiento no sea absoluto o el cumplimiento imposible, en forma que al lado y como complemento de la prestación principal se exija un resarcimiento limitado del daño.

A esta múltiple variedad de causas corresponde una no menor multiplicidad de aspectos que el daño ofrece en los distintos casos y como consecuencia de las normas que presiden su determinación, la medida, el grado en que su autor es llamado a responder.

Esta es la principal dificultad que la materia ofrece en la formulación de los principios generales que sean aplicables a los casos concretos. Sin embargo, algunos conceptos fundamentales son comunes a toda la materia del resarcimiento, pudiendo ser reducidos por abstracción de casos particulares a reglas generales.

a) *Daño*.—El daño puede ser *patrimonial* y *no patrimonial*.

Cuando es de la primera especie puede asumir dos formas: o se trata de una disminución efectiva del patrimonio al que algo fué substraído (*damnum emergens*), o de un frustrado aumento patrimonial cuando el titular del patrimonio tenía fundado motivo para estimar que, de no ocurrir el hecho dañoso, hubiera ingresado en el patrimonio, aumentándolo, un valor económico determinado (*lucrum cessans*). Uno y otro deben ser reparados por el obligado, porque no es menos perjudicial al titular el haberle impedido conseguir un beneficio esperado legítimamente que el hacer salir del patrimonio un valor económico que ya figuraba en él (1). En uno y en otro caso se toma en considera-

(1) Ver fr. 13. D. 46-8. *In quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrare potui*. La distinción es acogida en los artículos 1.227 y 1.229 del Código civil («pérdida sufrida», «ganancia de que el

ción el valor objetivo de la disminución o frustrado incremento patrimoniales y no el puramente subjetivo o de afección y menos el valor supuesto o imaginario. De esto se deduce que el daño debe probarse por el perjudicado demostrando su existencia real y efectiva; ello no implica que en la evaluación del daño se deba prescindir en absoluto de las circunstancias subjetivas y particulares, pudiendo el autor del daño ser obligado a responder en medida superior a la ordinaria cuando resulte que por las especiales aptitudes del perjudicado el valor substraído o el frustrado incremento hubieran podido ser fuente de ulteriores y mayores ganancias.

No patrimonial o, como se suele llamar, moral es el daño que no produce directa o indirectamente una alteración patrimonial, si no que ocasiona perturbación injusta en el estado anímico de una persona (dolor moral, pasión de ánimo). La doctrina está llena de dudas e incertidumbres en tal respecto, que se reducen todas a la cuestión fundamental de determinar si los daños morales son resarcibles (1).

Sentado que el daño patrimonial y no moral es toda repercusión incluso indirecta en el patrimonio producida por un hecho aunque no vaya dirigido contra él; que daño patrimonial es, por ejemplo, no sólo el gasto de curación o la disminución de aptitud para el trabajo, consecuencia de una lesión sino también la desfiguración en sí misma; no sólo la menor ganancia producida por la publicación clandestina de una obra literaria ajena, sino también la calumnia, la ofensa pública que recaiga en una persona, etc., los argumentos capitales que contra la resarcibilidad del daño moral se esgrimen, son la incomparabilidad de

acreedor resultó privado», si bien éstos se refieren al cumplimiento de la obligación. Un intento de determinación más precisa del lucro cesante puede verse en Graziani, *Appunti sul lucro cessante* (*Annali. Univ. Perugia*, 1923-1924).

(1) Las tentativas hechas para hallar en el Derecho romano precedentes históricos de los daños morales, pueden considerarse vanas. Los pasajes que hablan del resarcimiento de daños no patrimoniales se refieren a remedios de índole penal. Marchi, *Il risarcimento del danno morale sec. il dir. rom.*, Roma, 1904.

dos cosas tan absolutamente heterogéneas como el dolor y el dinero que hacen imposible la estimación pecuniaria del daño moral y la implícita exclusión legal de la resarcibilidad de tales daños.

La excluiría el principio general sentado por el art. 1.151 del Código civil: «Cualquiera hecho del hombre que produzca un daño a otro obliga a aquel por cuya culpa se produjo tal hecho a resarcir el daño», y el daño se supone que es solamente de naturaleza patrimonial. Tampoco puede admitirse un reconocimiento de aplicación particular por la disposición contenida en el art. 38 del Código penal: «Además de la restitución y del resarcimiento de los daños, el Juez, por los delitos que atenten al honor de la persona o de la familia aunque no hubieren causado daño material, puede reconocer a la parte ofendida que lo demande el derecho a una determinada suma a título de reparación», porque en este caso se trata de *reparación* pecuniaria y de providencia de carácter penal que a tenor del artículo son procedentes por no haber daño resarcible (1).

Pero esta doctrina fundada en discutibles argumentos exegéticos (2) es impugnada por la mayor parte de los autores y por la jurisprudencia. Repugna a las ideas de derecho y de justicia, que sentimientos, afectos, relaciones de orden psíquico puedan ser ofendidos impunemente y que deba confiar la sanción de tales ofensas a las leyes éticas o de la conveniencia; repugna que no sean considerados como bienes de la persona aunque distintos de los patrimoniales. Si el dinero no es una entidad compa-

(1) Butera, *Sull'indole civile o penale della riparazione pecuniaria nei reati che offendono l'onore* (*Foro it.*, 1902, páginas 481 y siguientes); Gabbia, *Quest. dir. civ.*, II, páginas 245 y siguientes.

(2) Sin entrar en detalles, se advierte inmediatamente que los argumentos exegéticos en pro y en contra giran en un círculo vicioso, la cuestión de la significación de la palabra «daño», empleada en el artículo 1.151 del Código civil, si se refiere al daño patrimonial o a cualquier perjuicio ideal o moral, se debe presuponer resuelta con otros elementos de interpretación y no puede resolverse atendiendo solamente al texto mismo del artículo; éste podrá invocarse como hasta ahora se ha invocado en pro y en contra.

rable con el dolor, es cierto que aquél es el denominador común, no solamente de los valores sino también de las utilidades todas y el medio por el cual, en defecto de otros y según los usos de la vida, se repara una ofensa; funciona como medio compensatorio (aunque en ocasiones inadecuado e imperfecto) para quien sufrió la ofensa y pone en acto independientemente del contenido penal que puede tener para el ofensor, la responsabilidad que a éste alcanza y que de otro modo resultaría desprovista de sanción legal. La dificultad de hacer equivalentes el dinero y el dolor, no debe conducir a declarar la imposibilidad de una tal equivalencia conceptual ni justifica la exclusión del reconocimiento de la misma en el Derecho vigente, el invocar los precedentes legislativos, la novedad de la teoría, el silencio del Código; la teoría del *Schmerzengeld* no halla prejuicios doctrinales ni disposiciones legales que a ella se opongan y se debe gratitud a la jurisprudencia por haber desenvuelto un concepto que debe considerarse contenido en germen en los principios generales de nuestro Derecho (1).

b) *Hecho culposo*.—Supuesto de todo daño resarcible (cuando sea causa del mismo un hecho ilícito, y excluidos por tanto todos los casos en que el deber del resarcimiento se deduzca de la obligación misma por voluntad de las partes o resulte impuesto por expresa disposición legal) es la culpa entendida en su acepción más amplia y comprensiva; abarca ésta todo hecho ilícito y lesivo del derecho ajeno querido por el agente o no querido pero provocado por él o imputable al mismo por defecto de diligencia o por impericia (dolo, culpa en sentido técnico).

Cuales sean los grados de la culpa técnica, cuando es lícito

(1) Véase el óptimo trabajo de Minozzi, *Studi sull danno non patrimoniale*, 3.^a ed., Milán, 1907, en el que se consignan las opiniones de muchos autores. Véase también Gabba, *Questioni di dir. civ.*, II, pág. 210 y *Nuove questioni di dir. civ.*, I, páginas 292 y siguientes; Venzi, en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 356 y siguientes, y Pacchioni, *Del risarcimento dei danni morali* (*Riv. dir. comm.*, 1911, II, páginas 240 y siguientes). Son notables en tal respecto las disposiciones del Código civil alemán, § 253 y del Código suizo de las obligaciones, artículos 54 y 55.

el hecho, cuando hay lesión imputable, etc., son cuestiones que no son de este lugar. Tal supuesto implica:

1) Que no hay responsabilidad y que por tanto no es procedente el resarcimiento cuando el hecho dañoso no derive de la persona sino de causa extraña a la misma (*casus a nullo praesatur*, cfr. 23. I. f. D. 50, 17).

2) Tampoco hay obligación de resarcir si el hecho fué efectuado al ejercer legítimamente un derecho porque aun siendo el hecho dañoso no es lesivo (*qui jure suo utitur neminem laedit*, cfr. fr. 55. D. 50, 17).

3) Que si al perjudicado es imputable culpa por no haber adoptado las precauciones necesarias para evitar el daño o para evitarlo en mayor medida, la responsabilidad se elimina totalmente (*quod quis ex culpa sue damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*; cfr. fr. 203. D. 50, 17).

4) Que si con el hecho culposo del agente concurre el hecho culposo también del perjudicado, de modo que el efecto lesivo hubiere sido provocado por ambos, por culpa común de la misma o diversa intensidad, se produce la compensación de las culpas y la responsabilidad se reduce proporcionalmente (1).

5) Que si el hecho lesivo produjo daños y provechos simultáneos se deben compensar unos y otros (*compensatio lucri et damni*, cfr. fr. 10. i. f. D. 3, 5) y no procede el resarcimiento si las ventajas son superiores a los daños (2).

(1) Sobre toda la doctrina de la culpa es fundamental la obra de Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno; colpa contrattuale, colpa extra-contrattuale*, 2.^a ed., Turín, 1897-1906. Sobre la distinción entre culpa penal y culpa civil, véase Meloni, *La colpa penale e la colpa civile*, Torino, 1920.

(2) Sobre la doctrina de la compensación de las culpas y los límites en que tal compensación es admisible, véase Demelius, *Ueber kompensatiön der culpa* (*Jahrb. f. d. Dogm.*, V, páginas 52 y siguientes); Levison, *Ueber kompensatiön der culpa*, 1891; Leyden, *Die sog. culpa-kompensation in B. G. B.*, 1902; Priester, *Compensatio culpaë*, Würzburg, 1896; Hazay, *Die culpa-kompensation*, Heidelberg, 1906; Benigni, *La c. d. compensazione delle colpe* (*Riv. crit. di dir. e giur.*, 1906); Bruggi, *Colpe di diversa natura e compensazione delle colpe*, Módena, 1909; Pacchioni, *Della c. d. com-*

Pero si el principio general es el anteriormente indicado, ¿hay o puede haber una responsabilidad sin culpa? La doctrina se bifurca en dos tendencias: una fiel al principio según el cual no puede haber responsabilidad sin culpa, otra que sostiene que el daño sin culpa debe ser también resarcido por lo menos dentro de ciertos límites y con ciertas condiciones. Para hacer esta afirmación se parte del concepto de *daño objetivo* que en cuanto existe y deriva del hecho de alguno debe repararse por su autor para restablecer el equilibrio patrimonial perturbado; se invoca la teoría del *riesgo profesional*, según la cual quien obtiene un provecho de una determinada actividad, por ejemplo, del ejercicio de una cierta industria o de una empresa debe soportar los riesgos que de la misma derivan, debe resarcir los daños que incluso sin culpa se producen en el patrimonio ajeno, porque la ventaja no es otra cosa que el provecho que queda luego de deducir las cargas; se cita como caso importante de aplicación de la doctrina de la responsabilidad sin culpa, la nueva legislación en materia de accidentes del trabajo que impone a patronos y empresarios la obligación de resarcir los daños que del trabajo derivan al obrero (1).

Pero deducir de esta especial legislación (que tiene una esfera de aplicación muy limitada) que se halla reconocido en nuestro Derecho el principio de la responsabilidad sin culpa (2) es

pensazione delle colpe, Milano, 1910; Caudice, *La comp. delle colpe nel dir. civ.*, Nápoles, 1920; ved también Código austriaco, art. 1.304; Código civil, § 254; Código suizo oblig., art. 44; Walsmann, *Compensatio lucri cum damno*, Rostock, 1900; Leone, *Compensatio lucri cum damno (Filang.)*, 1916, páginas 176, 356 y siguientes).

(1) Texto único, 31 de Enero de 1904, n. 51 y correspondiente reglamento de 18 de Marzo de 1904, n. 141. La culpa del obrero accidentado no excluye su derecho a la indemnización. Un paso decisivo de las teorías de la responsabilidad sin culpa y del riesgo profesional representa el Decreto-ley de 23 de Agosto de 1917, n. 1.450 contra los accidentes del trabajo agrícola.

(2) Sobre la nueva doctrina véase Coviello, *La responsabilità senza colpa (Riv. it. p. l. sc. giur., XXIII, 1897, páginas 188 y siguientes)*; Barassi, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio (ib., XXIII, 1897, páginas 325 y siguientes; XXIV, 1897, páginas 174 y siguientes)*.

quebrantar las reglas de la hermenéutica; la responsabilidad por accidentes del trabajo no es aplicación de un principio más amplio que admita el resarcimiento del daño sin culpa, sino norma excepcional determinada por la necesidad de una tutela de los obreros más eficaz. Ni son convincentes tampoco los argumentos esgrimidos por quienes sostienen ser otra la base de toda responsabilidad en el Derecho vigente; esta es siempre la culpa salvo casos excepcionales (como el del propietario del edificio que se derrumba o del animal huído que produce daño a otro o el del posadero que responde del hurto cometido por extraños (Código civil, artículos 1.155, 1.154 y 1.867) (1).

c) *Relación entre el daño y el hecho culposo.*—El problema que aquí surge es de difícil solución: determinar qué daños debe resarcir el obligado, si todos y solo los inmediatos y directos o también los mediatos e indirectos; la cuestión se resolverá acudiendo al principio del nexo causal (2). En efecto, hay que tener

tes; 379 y siguientes; XXV, 1898 páginas 56 y siguientes); Ricca Barberis, *La responsabilità senza colpa*, Torino, 1900; Minozzi, *Responsabilità e colpa* (St. per Pepere, páginas 394 y siguientes); Gabba, *Nuove quest. di dir. civ.*, I, páginas 239 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 341 y siguientes; Butera, *Osserv. sul danno incolpevole* (Giur. it., 1918, I, 1, páginas 918 y siguientes). Véase también Unger, *Handeln auf eigene u. Handeln auf fremde Gefahr*, Sena 1893; Merkel, *Die collision rechtmässiger Interesse und die Schadenersatzpflicht. bei rechtmässigen Handlungen*, Strasburg, 1895; Rümelin, *Schadenersatz ohne Verschulden*, Tübingen, 1910.

(1) Hay que advertir que actualmente, por lo que al fondista se refiere, la responsabilidad por daño sin culpa se ha reducido mucho a consecuencia del Real decreto-ley de 12 de Octubre de 1919, n. 2.099 que derogó los artículos 1.866-1.868 del Código civil y los substituyó por nuevas normas (artículos 11-14 de dicho Decreto), mucho más favorables a los fondistas.

(2) *Die Lehre von causalzusammenhang in Rechte*, 1871; Rümelin, *Die verwendung der causalbegriffe im straf und civilrecht*, Tubingen, 1900; Muller, *Die Bedeutung des causalzusammenhanges im Straf und Schadenersatzrecht*, Tubingen, 1912; Leone, *Nesso causale tra colpa e danno* (Riv. dir. civ., V, 1913, páginas 577 y siguientes); Degni, *Sul nesso causale tra colpa e danno* (Giur. ital., 1918, I, 1, páginas 443 y siguientes); Filsch, *Del nesso causale* (en *Studi per Chironi*, I, páginas 613 y siguientes); Venezian, *Il torto e il nesso causale colla responsabilità* (St. sulle oblig., Roma, 1917, I, páginas 1 y siguientes).

presente que el daño para que genere la obligación de resarcirlo debe hallarse unido al hecho culposo que provoca la demanda de resarcimiento por un nexo causal. La solución del problema que incluye en el *id quod interest* los daños directos e indirectos es justa y exacta solamente cuando se da el supuesto de este nexo; en la numerosa serie de consecuencias e infinitas repercusiones que un hecho originario único puede producir en el patrimonio ajeno, hay que detenerse en el instante en que no se da este nexo. Esto significa que la obligación del resarcimiento se origina y subsiste en tanto pueda afirmarse que el perjuicio no se hubiera producido si el hecho no hubiere ocurrido; que no excluye aquella obligación la concurrencia de otras causas ni la circunstancia de que el perjuicio se hubiera causado también aunque no se hubiera dado el hecho imputable, es decir, de que el perjuicio se pudiera producir por un hecho ajeno. Pero la responsabilidad cesa si el daño verificado, el hecho idóneo a producirlo ha sido causado por un hecho ajeno ocurrido.

La medida del resarcimiento será, por consiguiente, el valor que la cosa destruída o damnificada tenía al tiempo de deducirse la demanda (la *vera aestimatio rei*) o la ganancia o el lucro que hubiera podido obtener el perjudicado de la cosa, de la prestación no efectuada, o del ejercicio del derecho lesionado, o el valor que preventivamente hubieran reconocido las partes al incumplimiento en forma de indemnización mediante el establecimiento de cláusula penal (art. 1.230), etc. Corresponde al Juez en todo caso (excepción hecha del último) valorar la importancia del daño y proporcionar éste a la responsabilidad del agente, tenidas en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto.

Las reglas especiales contenidas en los artículos 1.225-1.231 del Código establecen dos importantes limitaciones a la norma general consignada. En efecto, se declara allí que los daños derivados del incumplimiento de la obligación y relativos a la pérdida experimentada por el acreedor o a la ganancia de que fué *privado* no deben comprender sino aquellos que son consecuencia directa o inmediata del incumplimiento mismo (art. 1.229);

y que cuando el incumplimiento sea culposo (no doloso) el deudor no vendrá obligado más que por los daños *previstos* o *previsibles* al tiempo del contrato (art. 1.228). Pero ambas limitaciones son propias del daño que deriva del hecho ilícito del incumplimiento (restrictiva pero inexactamente habla el legislador del incumplimiento del contrato), y no pueden extenderse a los demás casos de resarcimiento por causa de delito en los que no se distingue entre daños directos e indirectos ni se tiene en cuenta la previsibilidad o impresibilidad del daño (1).

(1) Una especie particular del resarcimiento de daños por la causa determinante de los mismos y por las complejas relaciones que originan es la del resarcimiento de los daños de guerra. Prescindiendo de los perjuicios causados por las fuerzas beligerantes de un Estado, al Estado enemigo que son objeto de reglamentación internacional quedan todos los causados por el enemigo o por el propio Estado a consecuencia de las operaciones bélicas y por las fuerzas beligerantes o a consecuencia de supremas necesidades en los bienes de los particulares y que deben ser reparados. La materia y el derecho mismo del particular al resarcimiento sugerían en el derecho anterior a la guerra de 1914 profundas dudas e incertidumbres. La legislación extraordinaria creada durante la guerra y posteriormente, reguló de modo completo todas estas relaciones. Se dió una serie de disposiciones que atribuyeron al particular el derecho al resarcimiento con más o menos limitaciones objetivas o subjetivas: Decreto-ley de 24 de Junio de 1915, n. 114; Decreto-ley de 14 de Noviembre de 1915, n. 1.642; Decreto-ley de 10 de Febrero de 1916, número 163; Decreto-ley de 3 de Septiembre de 1916, n. 1.276; Decreto-ley de 8 de Junio de 1918, n. 780; Decreto-ley de 16 de Noviembre de 1918, n. 1.750; Decreto-ley de 3 de Enero de 1919, n. 1; Decreto-ley de 27 de Febrero de 1919, n. 329; Decreto-ley de 21 de Marzo de 1919, número 426, el cual resume en texto único las precedentes disposiciones. Este texto único fué después complementado por sucesivas disposiciones (Decreto-ley de 27 de Noviembre de 1919, n. 2.495; Decreto-ley de 18 de Enero de 1920, n. 74; Decreto-ley de 25 de Enero de 1920, n. 89; Decretos-leyes de 18 de Abril de 1920, números 529 y 580, 29 de Abril de 1920, n. 605, 2 de Mayo de 1920, n. 522, 3 de Junio de 1920, números 859 y 861, 27 de Enero de 1921, n. 232, y modificado por los Decretos de 24 de Julio de 1919, n. 1.425, 13 de Septiembre de 1919, n. 1.629, 22 de Noviembre de 1919, n. 2.422, 1.º de Febrero de 1920, n. 234) y se continuó legislando incesantemente sobre la misma materia sin dar estabilidad a lo legislado. Estas normas atribuyen el derecho a la indemnización a los particulares (personas físicas o jurídicas) que tengan naciona-

La medida del resarcimiento depende de varios elementos, cuyo concurso constituye la compleja relación: actitud dolosa o culposa de la persona responsable, valor de la cosa destruída o del hecho realizado u omitido, valor del interés insatisfecho, del derecho lesionado, etc. Su determinación concreta, o sea la liquidación del daño, es misión confiada al Juez en cada caso quien puede recabar el auxilio de peritos y técnicos. Con esto, no quiere decirse que se trate simplemente de una *quaestio facti*: Elementos jurídicos presiden aquel juicio de hecho que es el resultado de la combinación de criterios y principios de derecho con elementos de hecho (1) (2).

lidad italiana; los daños resarcibles son los derivados del hecho de la guerra, considerándose tal el «realizado por fuerzas armadas nacionales aliadas o enemigas relacionado con la preparación y operaciones de la guerra y aquel que aun no manteniendo relación con la preparación y operaciones bélicas fué causado por tales fuerzas»; es debida la indemnización por la pérdida, destrucción o deterioro de las cosas muebles o inmuebles, pero la indemnización no es completa, porque, por una parte, sufre disminución por presunta depreciación por vetustez de las cosas, y por otra, en orden a las cosas muebles de lujo, sufre mayores reducciones, y relativamente a los inmuebles no puede exceder de un cierto límite (50.000, 100.000 liras, según que la destrucción haya sido total o parcial) cuando se trate de palacios, villas, castillos de lujo. Notabilísimo desde el punto de vista jurídico de su especial carácter es el límite fijado a la indemnización relativa a los inmuebles; se subordina su pago a la condición de garantizar su empleo en la reparación o construcción de aquéllos, el interés público en la restauración de la riqueza nacional es prevalente sobre el interés particular porque la reparación del daño es hecha por el Estado a cargo de la colectividad.

Véanse la relación de Polanco, *Sul risarcimento dei danni di guerra* (*Riv. dir. civ.*, X, 1918, páginas 105 y siguientes); la de Carnelutti, *Schema del disegno di legge sul risarc. dei danni di guerra* (*Riv. dir. comm.*, 1919, I, páginas 98 y siguientes); las notas de Ascoli (*Riv. dir. civ.*, X, 1918, páginas 502, 559) y de Sacerdoti (*Riv. dir. comm.*, 1920, I, páginas 222 y siguientes).

(1) Véase Trifone, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni* (*Ann. Ist. sup. forestale*, VII, 1922).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Obligaciones de sumas de dinero*. Esta materia, objeto de una abundante bibliografía en Alemania (véase el libro de Nussbaum, *Teoría jurídica del Dinero*, *Revista de Derecho privado*), apenas si ha sido estudiada en nuestro país.

La disciplina legal de la misma es muy incompleta. El pago de las

§ 72.—*Sujetos de la obligación*

Brugi, Ist. § 52, Pacifici, Ist. IV, pág. 53; Chironi, Ist. II, §§ 255-261; Polacco Obbl., §§ 31-32; Crome, Obbl. §§ 11-19; Zachariae, Man. II; § 278; Aubry y Rau, Cours. IV, §§ 298-298 ter.; Planiol, Traité II, números 714 y siguientes Windscheid, Pand. II, I, §§ 290-301.

I. *Determinación de los sujetos.*—Toda relación obligatoria supone un doble sujeto: el activo a quien corresponde el crédito (*reus stipulandi, creditor*) y el pasivo o sea el que debe realizar la prestación (*reus promittendi, debitor*). Uno y otro deben

deudas de dinero ha de hacerse con la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España (art. 1.170, apartado 1.º). Los billetes del Banco de España carecen de curso forzoso y su aceptación no es obligatoria. Las monedas de cobre son de aceptación obligatoria en la proporción establecida en las Reales órdenes de 26 de Enero de 1881, 17 de Agosto de 1885 y 14 de Agosto de 1886, o sea la de 75 pesetas en pagos de 2.500 en adelante, 50 en los de 1.250 hasta la anterior cantidad; 25 en los de 250 a 1.250 y la totalidad en los inferiores a cinco pesetas.

Los pagarés a la orden, letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo podrán ser entregados con consentimiento del acreedor, y aun entonces no se entenderán producidos los efectos de pago sino cuando hubiesen sido realizados o por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado; entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva queda en suspenso (art. 1.170, apartados 2.º y 3.º)

En cuanto a la *indemnización del perjuicio* puede realizarse o reponiendo el estado de cosas anterior al perjuicio o abonando el valor pecuniario de éste. El Derecho romano tuvo preferentemente en cuenta la indemnización pecuniaria, el *id quod interest*, mientras que el Código civil alemán abarca en el concepto de indemnización tanto la reposición de las cosas en el estado que tenían antes del perjuicio como la indemnización propiamente pecuniaria (Enneccerus-Kipp-Wolff: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* I, II, Marburgo, 1927, pág. 41)

Erdel y Pfeiffenberger afirman que el abono de daños y perjuicios puede ser regulada legalmente o contractualmente (contrato de seguros) (*Das Bürgerliche Recht*, Leipzig, 1928 pág. 68).

Nuestro Código se ocupa de ella en multitud de artículos: 44, 99, 203, 232, 236, 280, 293, 312, 360, 379, 380, 382, 383, 391, 511, 562, 564, 690, 705, 712, 715, 976, 1.077, 1.031, 1.101, 1.106, 1.107, 1.108, 1.124, 1.135, 1.147, 1.150, 1.152, 1.270, 1.295, 1.298, 1.322, 1.486, 1.489, 1.529, 1.540,

ser determinados, ya que sólo entre personas ciertas puede darse un vínculo obligatorio.

Pero tanto en el sujeto activo como en el sujeto pasivo es posible una relativa indeterminación en cuanto se subordina la determinación de los sujetos a la realización de hechos previstos al tiempo en que la obligación se constituye.

1.556, 1.559, 1.571, 1.591, 1.594, 1.681, 1.686, 1.718, 1.729, 1.767, 1.769, 1.779 y 1.838.

Prestación de intereses.—Por lo que se refiere a los intereses de demora, el art. 1.108 del Código civil dispone: «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y a falta de convenio en el interés legal. Mientras que no se fije otro por el Gobierno, se considerará como legal el interés del 6 por 100 al año».

Respecto a los intereses en general, la ley de 14 de Marzo de 1856 instaura un régimen de amplia libertad que subsiste aunque atenuado por la ley de 23 de Julio de 1908.

Esta ley declara nulos: 1.º Los préstamos en que se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso. Por jurisprudencia se reputa interés normal el 8 por 100 anual. 2.º Aquellos en que se consiguen condiciones tales que resulten leoninos o se pacten en forma que todas las ventajas sean establecidas en favor del acreedor habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. 3.º Los contratos en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. La ley se aplica a toda operación substancialmente equivalente a un préstamo de dinero (art. 9.º). La calidad de usurario o no usurario del contrato será apreciada libremente por los Tribunales.

Según el art. 4.º del Reglamento vigente sobre casas de préstamos y establecimientos similares de 12 de Junio de 1909, el tipo máximo de interés que pueden percibir los prestamistas es el 12 por 100 anual de la cantidad prestada.

Finalmente, según el art. 1.109, los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto. En los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio. Los Montes de Piedad y Cajas de Ahorros se regirán por sus Reglamentos especiales.

Puede ocurrir que originariamente se constituya el vínculo siendo uno de los sujetos indeterminado pero determinable por una cierta circunstancia, o también que se constituya en favor de un acreedor o contra un deudor ciertos, pero que por estar la obligación unida a una relación con la cosa y no arraigar en una determinada persona cambie aquella incesantemente de sujetos cada vez que en dicha relación figure un nuevo titular, indeterminación inicial en un caso que desaparece en cuanto se produce la circunstancia que hará encarnar el vínculo en un titular definitivo, continuada en el otro, en cuanto que si bien la obligación se fija en cada momento en la persona que esté en aquella determinada relación pasa a titulares nuevos siempre que éstos subentran en la misma.

Obligaciones ambulatorias.—A esta segunda especie se aplica propiamente la feliz expresión de ambulatorias que Ferrini (1) halló en las fuentes romanas. Ejemplo: todas las relaciones obligatorias en las que el vínculo obligatorio surge del simple hecho de hallarse alguien en una relación de posesión, propiedad o derecho real con la cosa a que aquélla es inherente, la acción noxal, las acciones *in rem scriptæ*, la obligación de pagar el canon enfiteútico, la superficie o *solarium*, los impuestos, el diezmo que debe satisfacer quien se halle en una determinada relación con el fundo gravado; la obligación de reparar el muro en las *servitus oneri ferendi* o de contribuir a los gastos de conservación del fundo sirviente, las *Reallasten* y, en general, todas las llamadas *Obligaciones propter rem* son casos de obligaciones activa o pasivamente ambulatorias.

La indeterminación, sea inicial o no lo sea, puede afectar al acreedor si es incierto el titular del crédito o al deudor si es incierta la persona que deberá efectuar la prestación. Del segundo caso son ejemplos la mayor parte de los citados antes; del primero, entre los más importantes, figuran los títulos al portador y la oferta al público o por anuncios.

Títulos al portador.—Producto maravilloso del comercio

(1) *Pand*, pág. 55, n. 1.

moderno si bien su origen se remonte a las prácticas o usos mercantiles de la Edad Media (1) y se hallen incluso esbozos de los mismos en el mundo romano (2) y en otras civilizaciones antiguas (3), los títulos al portador son títulos de crédito representados por un documento en el que si bien se indica la persona del deudor no se determina la del acreedor; el acreedor es quien posee el documento que se transmite por simple tradición manual sin que las sucesivas transmisiones dejen en él huella alguna; y así como la tradición transfiere el título, su posesión atribuye al poseedor la condición de acreedor (4).

En esto se diferencia del título nominativo (en el cual el acreedor se indica y cuya transmisión se opera por la cesión o traslado) y del título a la orden cuyo modelo es la letra de cambio (en la que el nombre del acreedor se consigna por escrito en el título, pero el crédito es un crédito a la orden de la persona

(1) Véanse además de los tratados de historia del derecho y de los trabajos monográficos sobre títulos al portador, Brunner, en *Zeitschr. f. Handelsrech.*, XXII, páginas 42 y siguientes, XXIII, páginas 225 y siguientes; *Das französische Inhaber papier des Mittelalter*, 1879; Salvioli, *I titoli al portatore nell' dir. longobardo*, Roma, 1882, *I titoli al portatore nella storia del dir. italiano*, Bologna, 1883, y en *St. del dir. it.*, 8.^a ed., §§ 616 y siguientes; Schupfer, *Titoli al portatore nei documenti it del M. E.* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, XLII, 1907); Goldschmidt, *Storia del dir. comm.* (trad. it.), Turín, 1913, páginas 300 y siguientes.

(2) Kuntze, *Die Lehre von Inhaberpapieren*, 1857; Ferrini, *Pand.*, pá. 552 n. 6; *Obblig.* (en *Enc. giur. it.*, XII, páginas 382 y siguientes).

(3) Se discute aún y tal vez posteriores estudios y descubrimientos de papiros permitan dar una respuesta definitiva, si en el derecho greco-egipcio fueron conocidos; opina negativamente Mitteis, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig, 1912, II, 1. pág. 116; Frese, *Aus dem gräkoägyptischen Rechtsleben*, Halle, 1909 pág. 26. números 83 y 84. Se conoció y practicó en la antigüedad la llamada cláusula al portador, que otorgaba al quirógrafo el carácter de título transmisible por delegación o cesión.

(4) Son tales los certificados de renta pública al portador, las cédulas inmobiliarias, las cartillas de las Cajas de Ahorros, las cartas de porte, pólizas de embarque, pólizas de seguros marítimos, etc. Véanse los artículos 167, 340, 389, 390, 555 y las leyes relativas a la Deuda pública, Cajas de Ahorro, establecimientos de crédito inmobiliario.

que el tomador indique y cuya transmisión se opera mediante el endoso por lo que las sucesivas transmisiones dejan huella en el título). Pero sobre la forma de estructurarlos jurídicamente se suscitan vivísimas cuestiones (1). Mientras unos, según la concepción más antigua y difundida no ven en este fenómeno jurídico otra cosa que una *obligatio in incertam personam*, una obligación consensual entre el emitente y el que primero adquiere el título y en el título un simple documento probatorio de la existencia de la obligación; otros en cambio ven en él una obligación entre el emitente y aquel de entre los sucesivos poseedores que presenta el título sin que por ello nieguen a éste el mero valor de documento probatorio; otros creen que se trata de verdadera y propia mercancía. Construcción completamente opuesta a ésta es la que utiliza el concepto de declaración unilateral de voluntad como fuente de obligación para quien la emitió, que se concreta en el escrito que el título contiene, de modo que quien quiera que lo posea puede considerarse como destinatario de la decla-

(1) Sobre la teoría de los títulos al portador véase la bibliografía ya vieja: Kunze *cit*; Unger, *Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere*, 1857; Brunner, en *Endemann (Handb des Handelsrechts*, II, páginas 196 y siguientes) y como bibliografía más reciente: Wahl, *Traité theor. et prat. des titres au porteur*, 1891; Chironi, *il titolo al portatore nella rec. giur. (Giur. it., 1892, IV, pág. 129)*; Gabba, *Quest di dir. civ.*, 2.^a ed., 1919, página 147; Bruschetti, *Trattato dei titoli al portatore*, Turín, 1898; Segré *Dei titoli obbl. al portatore* (en *Studi per Schupfer*, III); Abello, *Natura dei titoli al portatore* (en *Studi per Scialoja*, II). Respecto a los títulos a la orden, véase Ramella, *Tratt. di titoli all'ordine*, Florencia, 1899, 1900. En un sentido más amplio, véase Bolaffio, *Dei titoli all'ordine e al portatore* (*Arch. giur.*, LVII, 1896, páginas 274 y siguientes) y en *Giur. it.*, 1917, IV, páginas 44 y siguientes; Bonelli, *Appunti sulla natura giur. dei titoli di credito* (*Riv. dir. comm.*, 1908, 1, páginas 513 y siguientes); Arcangeli, *Sulla teoria dei titoli di credito* (*ib.*, 1910, 1, páginas 172, 346, 347); Navarrini, *La natura giuridica dei titoli di credito*, Turín, 1898 y en *Tratt. di dir. comm.*, II, páginas 34 y siguientes; Marghieri, *Titoli e operazioni di credito (cambiale, ordine in derrate assegno, titoli al portatore contratti di garanzia e di conto corrente)*, Nápoles, 1921; Lehmann *Zur Theorie der Werthpapiere*, 1890; Jacobi, *Die Werthpapiere im bürg. Recht*, 1901.

ración. Otros finalmente—y esta teoría la defienden con calor los autores alemanes—considera la obligación incorporada al título y materializándose en el documento se objetiva, sigue la suerte del documento cambiando de titular si el título se transfiriere, extinguiéndose si se destruye (1).

Ofertas al público.—No menos interesantes desde este punto de vista son las ofertas hechas al público o sean las dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas entre las cuales se determina luego mediante la aceptación la que ha de ser titular del crédito. Se suelen distinguir dos especies: se trata de ofertas de contrato hechas a persona incierta, muy frecuentes en la vida mercantil y que se manifiestan en las múltiples formas con que los comerciantes por medio de anuncios, proclamas, exposición de mercancías, etc., se obligan a vender éstas o a prestar un servicio a quien acepte la oferta; o son promesas públicas de recompensa o de premio hechas por los particulares o por personas morales a quien realice un determinado acto a quien presente, por ejemplo, un objeto que fué extraviado o entregue un delincuente a la justicia o presente la mejor obra en un concurso literario, artístico o científico o haga un descubrimiento, etcétera. Perfecta la oferta en el momento que sea conocida por los destinatarios que son todas aquellas personas que querrán y podrán aceptarla, produce el efecto de obligar a quien la hizo con aquel que la aceptó. Pero en tanto la oferta de contrato no constituye obligación mientras llegada a conocimiento de los destinatarios no haya sido aceptada por éstos (de modo que en este aspecto esta figura no puede incluirse en el tipo de las obliga-

(1) Las normas referentes a estos títulos están contenidas en el Código de Comercio (artículo 3.º, números 2, 4, artículos 56, 57, etc.) y en leyes especiales; el Código civil hace tan sólo ligeras alusiones (artículos 498, 707). Sobre la cuestión de si los títulos al portador son admisibles en derecho civil: Polacco, *Oblig.*, páginas 175 y siguientes; Colliolo. *Titoli civili al portatore* (en *Scritti di dir. priv.*, I, 1914, páginas 224 y siguientes); véase en Pacifici *Ist.*, IV, páginas 84 y siguientes y los autores citados; fué resuelta afirmativamente por el Código alemán (§§ 793 y siguientes) y por el Código suizo de las obligaciones (artículos 846, 847).

ciones asumidas *in incertam personam*), la promesa hecha mediante anuncios genera (por lo menos según una teoría) la inmediata obligación del promitente tan pronto se hace pública, y, por consiguiente, aun antes de ser aceptada.

Esta teoría parte del concepto de la eficacia obligatoria de las promesas unilaterales, ya aplicando la teoría romana de la *publicitatio*, ya el principio germánico, que atribuye obligatoriedad a las manifestaciones unilaterales de voluntad. La promesa mediante anuncios no es sino una forma de los negocios jurídicos unilaterales en los que quien hace una declaración de voluntad, queda obligado independientemente de toda aceptación en cuanto que para la producción del vínculo sólo se requiere una correspondiente declaración de la voluntad por la otra parte. Esta doctrina ha sido reconocida legalmente por el Código civil alemán. En sus §§ 657-661 regula la promesa de recompensa al público (*Auslobung*) y considera obligado al promitente cuando alguien del pueblo ha realizado la operación o producido el resultado que se deseaba premiar, aun cuando éste hubiere sido producido sin consideración a la recompensa e independientemente de toda declaración de aceptación.

Pero en orden al Derecho positivo italiano (y al francés) esta solución es muy discutida y hasta declarada inadmisibles. En el derecho italiano no ha sido acogido el principio general de la obligatoriedad de las promesas unilaterales—ya que como se verá más adelante la fuente de todas las obligaciones es el acuerdo de voluntades (contrato), el acto ilícito (delito) o la ley y además el cuasi contrato y el cuasi delito—y por ello la obligación en este caso no puede estimarse como una aplicación de un principio que no existe; ni tampoco podría reputarse como un caso excepcional de obligatoriedad de la promesa unilateral no habiendo una disposición legal que a esto autorice. Debe considerarse, por tanto, como una oferta de contrato incluyéndola en la categoría jurídica de ofertas contractuales, las cuales, perfeccionándose como tales cuando lleguen a conocimiento de los destinatarios no son irrevocables y, por tanto, no obligan sino cuando se estipula el contrato. Su regulación sería idéntica por tan-



tó, a la regulación que de las ofertas contractuales contiene el artículo 36 del Código de Comercio que presupone la aceptación; por consiguiente, la obligatoriedad no surge sino cuando la aceptación de la oferta haya llegado a conocimiento del proponente o más propiamente cuando la otra parte hubiera comenzado la ejecución (1).

II. *Pluralidad de sujetos*.—Si los sujetos de la obligación deben ser dos necesariamente, nada impide que puedan ser más. Frecuente es el caso de que frente a un solo acreedor figuran varios deudores o el en que para un solo deudor haya diversos acreedores o también el caso de que haya diversos deudores y varios acreedores. Y puede ocurrir que el vínculo sea así originariamente o que se estructure en tal forma cuando al acreedor o deudor único suceda (ordinariamente por sucesión hereditaria) una pluralidad. Cuando esto ocurre son posibles tres hipótesis o que la obligación se descomponga y origine tantas obligaciones menores y separadas cuantos sean los acreedores o deudores, o que siendo susceptible de descomponerse sea obstáculo a ello la indivisibilidad de la prestación o finalmente que el vínculo no pueda descomponerse por razón del título cuando la voluntad de las partes o la ley haya impuesto a la obligación carácter unitario y no autorice su desintegración. A estas hipó-

(1) Sobre las ulteriores y numerosas cuestiones a que da lugar la oferta a persona indeterminada y sobre otras construcciones jurídicas, véase Oertel, *Die Lehre von der Auslobung*, Leipzig, 1895; Zschirmer, *Die offerthen an das Publikum*, Rostok, 1897; Schleicher, *Die Lehre von der Auslobung*, 1900; Isay, *Die offerthen ans Publikum (Krit. Vierteljähresschr.*, 1901); Lucci, *Delle promesse per pubblici proclami*, Nápoles, 1893; Messina, *La promessa di ricompensa al pubblico*, 1899; Barassi, *La promessa di ricompensa al pubblico (Arch. giur., LXVI, 1901, páginas 543 y siguientes)*; Scialoja, *L'offerta a persona indeterminata e il contratto concluso mediante automatico*, Città di Castello, 1902; Cicu, *L'offerta al pubblico*, Sassari, 1902; Pranzataro, *La teoria dei contratti in incertam personam (Giur. it., LIV, 1902, páginas 91 y siguientes)*; Bolchini, *La promessa al pubblico (Riv. dir. comm., 1903, 1, pág. 38)*; Toesca di Castellazzo, *L'offerta al pubblico, contr. alla teoria dell'offerta contrattuale ad incertam personam*, Turin, 1903; Baviera, *L'offerta al pubblico*, Milán, 1907.

tesis corresponden tres clases de obligaciones: conjuntas, indivisibles y solidarias (1).

Y como de la segunda especie se trató ya (§ 70) habrá que estudiar las otras dos.

α *Obligaciones conjuntas.*—Cuando una obligación se contraiga pasiva o activamente por varias personas, por regla general que deriva de los principios de la comunidad se desintegra en tantas obligaciones separadas e independientes cuantos sean los sujetos. La relación es una formalmente y por razón de la causa que la origina.

En realidad cada acreedor tiene derecho a una cuota de la prestación y cada deudor resulta obligado también por una cuota, de modo que cada cuota es el objeto autónomo de cada una de las obligaciones (*concurso partes fiunt*). La medida en que se opera este fraccionamiento de la obligación la determinan las reglas sobre la comunidad. La cuota de cada partícipe vendrá determinada por el título y cuando éste nada exprese sobre el particular se presumirán las cuotas iguales.

Y lo mismo ocurre si la pluralidad se genera por sucesión hereditaria. El principio acogido por el Derecho romano más antiguo (2) que luego ha perdurado es el de que deudas y créditos se *dividen de derecho* entre los herederos *nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt*. Se distribuyen entre ellos proporcionalmente a sus respectivas cuotas hereditarias (artículo 1.204). Cada heredero se convierte en deudor o acreedor de una porción con independencia de los demás, así que la eventual insolvencia de uno de los deudores no influye en la obliga-

(1) Indiqué ya que según Boufante *La solidarieta classica delle obbligazioni indivisibili* (*Arch. giur.*, 4.^a serie, I, 1921, páginas 144 y siguientes) los juriscónsultos clásicos romanos reputaban las obligaciones individuales obligaciones *in solidum*. Justiniano reguló las obligaciones indivisibles como obligaciones *pro parte*.

(2) La norma se remonta a las XII Tablas, 1, 6 c. 3. 36: *Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt*. cfr. 1, 26 c. 2. 3; 1. 1 c. 8. 31 (32).

ción de los demás, la pérdida del crédito por uno de los acreedores no perjudica a los restantes.

b) *Obligaciones solidarias* (1).—Hay verdadera y propia unidad de la obligación no obstante la pluralidad de sujetos, cuando la relación se constituye de tal modo, que cada uno de los diversos acreedores puede percibir el importe total del crédito como si fuese el único acreedor, o cada uno de los distintos deudores viene obligado a pagar toda la deuda como si fuese deudor único. Este vínculo entre los sujetos se llama *solidaridad* (porque cada uno de ellos puede exigir o debe prestar el *solidum*) o también según la terminología romana *correalidad* (*plures rei stipulandi* o *promittendi, correi credendi* o *debendi*) y se distingue en *solidaridad activa* o *pasiva* según que haya pluralidad de acreedores o de deudores.

(1) La literatura sobre el particular es muy abundante. Además del trabajo de Ribbentrop y los de Ascoli y Eisele, que hallaron el fundamento de la doctrina del primero mediante la exégesis de los textos romanos, los más notables (y la mayor parte se refieren a la teoría romanística) son Rodière, *De la solitarité et de l'indivisibilité*, 1852; Helmolt, *Die Correalobligationen*, 1857; Demangeat, *Des obligations solidaires en droit rom.*, 1858; Fitting, *Die Natur der Correalobligationen*, 1859; Windscheid, *Zur Lehre von der Korrealobligation*, 1859 (véase en *Ges. Reden und Abhandl.*, páginas 242 y siguientes); *Zur Lehre von der Korrealobligation im röm-und heut Recht.*, 1861 (ib., páginas 272 y siguientes); Samhaber, *Zur Lehre von der Correalobligation*, 1861; Baron, *Die gesammverhältnisse im röm. Recht*, 1864; Brinz, *Zur Lehre von der Correalobligation und den Schuldverhältnissen*, 1863; Leison, *Traité de la solidarité*, 1877; Bianchi, *Delle Obblig. solidali*, Parma, 1878; Landucci, *Le Obblig. in solido secondo il dir. rom.*, Milán, 1880; Manna, *Saggio sulle Obblig. in solido in dir. rom.*, Roma, 1880; Meiucci, *La teoria delle Obblig. solidali nel dir. civ. it.*, Milán, 1884; Esperonnier, *Des Obblig. solidaires en dr. rom. et en dr. fr.*, 1884; Binder, *Die Correalobligationen im röm. und heut. Recht*, Leipzig, 1899; Rotondi, *Della Obblig. in solido* (en *Cod. civ. annot.*, III, páginas 189 y siguientes); Abate, *Sulla struttura della solidarietà*, Roma, 1904; Bonfante, *Solidarietà o mutua fideiussione?* (en *Studi per Chironi*, I, páginas 599 y siguientes); *Il concetto unitario della solidarietà* (*Riv. dir. comun.*, 1916, I, pág. 685 y en *Scritti giur.*, III, páginas 209 y siguientes). Numerosas citas bibliográficas en Windscheid, *Pand.*, II, 1. página 141, n.

Regulada por el Código civil (artículos 1.184-1.201) que disciplina distintamente la obligación solidaria activa y la pasiva, la solidaridad puede generarse por la voluntad (de las partes contratantes o del testador en un acto de última voluntad) o por la ley.

El principio general es que la solidaridad no se presume nunca (art. 1.188) sino que debe ser pactada expresamente mediante una declaración de voluntad o impuesta explícitamente por la ley.

Pero ni este principio es absoluto ni la doble fuente es común a ambas especies de solidaridad. Limitado el primero a las materias civiles rige el opuesto en las obligaciones mercantiles con solidaridad pasiva; la norma del art. 40 del Código de Comercio es una presunción general de solidaridad de todas las deudas mercantiles que sólo puede ser excluida por un pacto en contrario o por la cualidad de no comerciante de los contratantes en orden a la contratación que para ellos no constituye acto de comercio; responde a la exigencia de una mayor responsabilidad en la contratación mercantil.

Sólo una fuente origina la solidaridad activa y esta fuente es la voluntad de las partes (convención, disposición testamentaria) en ningún caso la impone directamente la ley; es más, el artículo 1.184 que la define no admite otra fuente que la declaración de la voluntad contenida en el título. La ley es causa solamente de la solidaridad pasiva (art. 1.188, párrafo 1.º) y constituyen notabilísimos ejemplos los contenidos en los artículos 238-239 (responsabilidad solidaria del segundo marido de la viuda por la administración de los bienes de menores), 910 (responsabilidad solidaria de varios ejecutores testamentarios), 1.156 (de varios partícipes en un delito o cuasi delito), 1.756 (de varios mandantes), 1.814 (de varios comodatarios), etc. Esta diferencia—que responde a una natural exigencia de las cosas que en ciertos casos reclaman una declaración de responsabilidad solidaria sin que ésta deba ser precisamente activa—no es causa de la inferior importancia que la solidaridad activa tiene frente a la pasiva (1)

(1) Hay autor que teniendo en cuenta su limitadísima aplicación en la vida práctica, dado el gran uso del mandato y de la representación, la

La naturaleza interna de la solidaridad (cualquiera que sea su origen) consiste en la *unidad* de la obligación que se ofrece como vínculo único—que tiene una causa única—siendo su contenido una prestación única. Esta afirmación necesita aclaraciones, pues ha dado lugar a encendidas discusiones en el campo romanístico en torno a los conceptos de solidaridad y correalidad.

Hay que partir de estos dos firmes principios: que es esencial en la obligación solidaria el que una vez realizada la prestación se extinga el vínculo; de lo que se deduce que si el deudor único realiza la prestación en favor de uno entre los distintos acreedores, queda liberado frente a todos y si uno solo de los varios deudores efectúa la prestación en favor del acreedor único, todos los demás deudores quedan liberados; que la regla general en el Derecho romano era la extinción del vínculo en virtud de la *contestatio litis*.

Pero en las fuentes romanas se advierte que la *contestatio litis* no producía en todas las obligaciones plurisubjetivas los mismos efectos; en algunas el vínculo se extingue para todos por la *litis contestatio* con uno solo de los distintos acreedores o deudores, en otras (por ejemplo, las de varios tutores responsables por su gestión, las de varios depositarios de la misma cosa, las de varios *mandatores* que se obligan a pagar una deuda ajena, las de varios responsables de un mismo delito) la eficacia extintiva de la *contestatio*, con un solo sujeto no tiene ya lugar, declarándose que estas obligaciones sólo se extinguen mediante el pago integral y efectivo. Los múltiples e interrumpidos esfuerzos que hicieron los intérpretes desde los glosadores hasta nuestros días para explicar tal diversidad, no fueron coronados por el éxito sino cuando Keller (1) y Ribbentrop (2) creyeron poder fundar esta divergencia de criterio en la substancial diversidad

considera una institución muerta (Planiol, *Traité*. II, n. 725). Por otra parte, de su intrínseco carácter deriva la más simple regulación de la relación y ello explica el por qué el Código civil la regula en dos artículos (1.184, 1.185), siendo numerosísimas las normas referentes a la solidaridad pasiva (Brugi, *Ist.*, pág. 408).

(1) *Ueber Litiscontestation und Urtheil* Zurich, 1827.

(2) *Zur Lehre von den Correalobligationen*, Göttingen, 1831.

de ambos grupos de obligaciones. Considerando que cuando la *litis contestatio* intentada contra uno solo, no producía su efecto extintivo con respecto a los demás, ello obedecía a que se apreciaba la existencia de una obligación múltiple, es decir, de tantas obligaciones cuantos eran los deudores, aunque todas ellas coincidiesen en el objeto y llegaban al resultado de admitir en el concepto general de la solidaridad, una doble categoría: la *correalidad* o sea el caso de una promesa hecha por dos o más deudores en el que la obligación es verdaderamente única (*una cademque obligatio*) de modo que no siendo posible deducirla en juicio si no era íntegramente, la *contestatio* contra un solo deudor extingue toda la obligación; la *solidaridad* verdadera y propia o solidaridad abstracta en la que las obligaciones son varias y autónomas o sean tantas cuantos deudores, aunque tengan idéntico objeto, de modo que la deducción en juicio de una de ellas, no implica la extinción de las demás que sólo se extinguen por el pago efectivo del crédito.

Así surgió la doctrina del doble vínculo, el de solidaridad simple y el de correalidad que no sólo empezó durante mucho tiempo en las escuelas romanísticas (y aun hoy si no es prevalente goza de gran predicamento), sino que ejerció también notable influjo en las teorías civilísticas provocando en las obligaciones solidarias pasivas una distinción entre *solidaridad* perfecta correspondiente a la correalidad romana que se produciría en las obligaciones contractuales y *solidaridad imperfecta* que corresponde a la solidaridad en sentido estricto y que se daría en las obligaciones delictuales y cuasi delictuales.

Ascoli (1) y Eisele (2) impugnaron esta artificiosa construcción y demostraron que las diversas y contradictorias decisiones de las fuentes se debían a interpolaciones justinianeas.

Como Justiniano (l. 28. C. 8. 41) abolió en las obligaciones correales pasivas la eficacia consuntiva de la *l. contestatio*, frente

(1) *Sulle obblig. solidali* (*St. e doc. di St. e di dir.*, XI, 390), *Bull. Ist. dir. rom.*, IV, pág. 287.

(2) *Correalität und solidarität* (*Arch. f. d. civ. Pr.*, LXXVII, 1891, págs 374 y siguientes).

a aquellos que no fueron parte en el juicio, al limitarla a aquel solo deudor contra quien la obligación fué deducida en juicio, se llevó a los textos clásicos una serie de interpolaciones para hacerles declarar (contrariamente a lo que en ellos se decía) que no la *litis contestatio* sino el pago íntegro efectivo (*perceptio*) podía extinguir la relación obligatoria. Pero en algunos textos tal corrección fué omitida por olvido y en otros intencionadamente, por referirse dichos textos a la correalidad activa con la cual no rezaba la abolición.

El concepto de la correalidad no fué en el Derecho romano ni lo es en el actual distinto del de la solidaridad. Debe rechazarse también cualquiera otra construcción que distinga en las obligaciones plurisubjetivas, dos clases o categorías diferentes concibiéndolas como un vínculo único con pluralidad de relaciones subjetivas o como una multiplicidad de vínculos de los cuales cada uno tenga un objeto idéntico al de los demás, de modo que dada la unidad de la causa, la prestación hecha por uno de los deudores o en favor de uno de los acreedores implique la extinción de los demás vínculos. La concepción del Código (y lo acreditan los precedentes históricos del Código francés) es la unidad obligacional y la uniformidad de régimen jurídico de las diversas especies, cualquiera que sea la causa generadora del vínculo solidario. Ello no impide que respecto a cada uno de los sujetos la obligación pueda ofrecer propias características que la diferencien en parte del vínculo que liga a los demás «la obligación puede ser solidaria, dice el art. 1.187 aunque uno de los deudores se obligue de modo distinto al otro deudor al pago de la misma cosa; y también cuando la obligación de uno es condicional y la del otro simple o cuando se concede a uno un plazo para el pago que no es concedido a otro». Estas diferencias eventuales no implican una multiplicidad de obligaciones sino a lo sumo una diversa estructuración del vínculo con relación a los sujetos. Eminentes juristas afirman que en la obligación solidaria hay multiplicidad de obligaciones con unidad objetiva; esta afirmación carece de trascendencia si quiere tan sólo poner de relieve que la relación obligatoria al conectar un acreedor o un deudor con varios sujetos, al mismo tiempo se constituye por

una serie de vínculos parciales que une cada uno a las, agrupados todos ellos en un haz, por la identidad de la causa y del objeto.

Sentado esto, en cada una de estas obligaciones hay que distinguir el carácter interno y el externo de la relación que liga a los sujetos activos y pasivos entre sí. Si en efecto en el aspecto externo de la relación cada uno de los deudores o acreedores se ofrece como si fuese acreedor o deudor único, puesto que pudiendo cada uno de ellos exigir o estando obligado a efectuar la prestación íntegra, puede afirmarse que cada deudor que paga extingue una deuda propia y cada uno de los acreedores que percibe el importe íntegro del crédito realiza un crédito propio, en el aspecto interno o intersubjetivo es decisiva la relación interna que liga a varios acreedores o a varios deudores constituyendo a su vez la causa determinante del vínculo de solidaridad (contrato, disposición testamentaria, delito, etc.). Así, y sólo así, debe resolverse la cuestión de si entre varios *correi debendi* o *credendi* existe un derecho de reembolso, una acción cuyo objeto es exigir de los codeudores, que contribuyan en favor de aquel de ellos que pagó, o exigir del acreedor que percibió el importe íntegro del crédito, que distribuya entre los coacreedores la prestación percibida; del contenido particular de tal relación depende la medida en que el objeto de la prestación, o sea el beneficio o carga respectivos que aquélla representan, se deba distribuir entre los distintos acreedores o deudores.

Una parte de la doctrina francesa y algunos juristas italianos quieren regular este aspecto interno de la relación o relación interna recurriendo a los conceptos de mandato o de sociedad. Abstracción hecha de los motivos especiales que pueden inducir a las partes a vincularse plurisubjetivamente, cuando uno de los deudores paga o uno de los acreedores exige, paga o exige en virtud de un mandato tácito y recíproco, en virtud de una relación de sociedad por la que cada uno gestiona el negocio propio y el ajeno. Pero, como se observó atinadamente, no se puede recurrir a tal explicación cuando, como ocurre en la solidaridad pasiva, resulta esta solidaridad impuesta por la ley y repugna hablar de mandato recíproco en los casos de responsabilidad

solidaria delictual; por esto y para explicarlo se recurrió por otros autores (y esta es la opinión dominante en la doctrina francesa e italiana) al concepto más amplio de la representación: cada uno de los partícipes en la deuda o en el crédito debe ser considerado en virtud del negocio jurídico interno o por disposición legal, como representante de los demás; es más, como representante y órgano de la comunidad activa o pasiva frente a los terceros (1).

No faltan objeciones contra esta concepción; pero hay que reconocer que ella no sólo corresponde a la concepción misma del legislador (artículos 1.198 y 1.199) sino que es la más idónea para fundamentar el derecho de reembolso y para buscar en un principio único la razón del reparto del crédito o de la deuda entre los distintos partícipes, ya derive la solidaridad de la voluntad de los contrayentes o del causante de la sucesión, ya dimanase de la ley. Los casos de esta última especie son tratados de modo diverso a los primeros. Se rigen por las normas que se indicarán inmediatamente y están sometidas a la de la distribución entre los varios codeudores, incluso en las obligaciones delictuales o cuasi delictuales, que el Código civil italiano (colmando una laguna del Código francés y eliminando las cuestiones surgidas en la doctrina francesa) expresamente declara solidarias (art. 1.156) (2).

Y ahora trataremos de las reglas especiales dictadas para la solidaridad activa y pasiva.

a) *Solidaridad activa*.—El principio regulador es que en la

(1) Otras teorías han sido ideadas: la de la fideiussión mutua, que se remonta a una innovación justiniana al derecho clásico y consiste en una garantía recíproca de los coobligados sin el beneficio de excusión. Bonfante, en *Scritti. giur.* III, pág. 240; Bonfante, *Solidarietà o mutua fideiussione*, en *Riv. di dir. comm.*, XII, 1914, páginas 905 y siguientes); la de la obligación subjetivamente alternativa y la que se relaciona con la distinción entre débito y responsabilidad.

(2) Sobre el alcance, naturaleza y límites del precepto del art. 1.156, véase Levi, *Limiti alla solidarietà nelle Obblig. dei danni ex delicto*, Turín, 1909; Mandrioli, *Il concorso di più persone all'atto illecito* (Filang., 1913, páginas 561 y siguientes).

relación externa entre acreedores y deudor común, cada acreedor se considera acreedor por el todo. De esto se deduce: 1) que cualquier acreedor puede exigir la prestación total, y que el pago hecho a uno de ellos libera al deudor frente a todos (art. 1.184); 2) que el deudor demandado por uno cualquiera de los acreedores no puede oponer la excepción de división y pretender pagar por partes, porque la relación interna entre los acreedores le es extraña; 3) que el deudor puede optar entre pagar a uno u otro de los acreedores solidarios a su elección, a no ser que resulte privado de esta facultad por haber sido demandado judicialmente por uno de ellos (art. 1.185), porque desde este momento la relación creditoria queda definitivamente fijada, en virtud de la contestación, con respecto al acreedor que ejercitó la *petitio*.

Más difícilmente determinable es el efecto de todos aquellos actos que además del pago influyen en la vida y contenido obligacionales, como es la remisión de deuda, la novación, la compensación, etc. Los efectos de dichos actos se limitan, ya a la relación externa, ya a la relación particular entre el deudor y el acreedor que los realizó, ya repercuten también en el vínculo que liga a los acreedores. La dificultad surge porque la ley, si bien ha determinado los efectos de algunos de dichos actos (remisión, juramento, interrupción de la prescripción), se ha silenciado respecto a otros (novación, compensación, confusión, transacción, cosa juzgada); por tanto, los efectos de estos últimos actos deben deducirse de los principios generales y de las modalidades que ofrece el vínculo solidario.

El Código dispone: que la *remisión* hecha por uno solo de los acreedores, sólo libera al deudor por la porción del crédito que a este acreedor corresponde (art. 1.185, párr. 1.º); que el *juramento* deferido por uno de los acreedores solidarios al deudor no lo libera sino por la parte de crédito de dicho acreedor (artículo 1.373, párr. 1.º); que todo *acto interruptivo de la prescripción* en favor de uno de los acreedores aprovecha también a los demás (art. 2.131). Ahora bien; de tales reglas y del principio de la representación mutua se deduce el criterio general regulador de todos los demás casos; y este criterio es, que así como

todo acreedor puede independientemente de los coacreedores actuar para la conservación del crédito, todo acto que tienda a reforzar o a mantener el crédito común aprovechará a los coacreedores; en cambio, no perjudicará a éstos todo acto que, implicando disposición del crédito, produjera pérdida de éste o empeoramiento de la condición de los coacreedores. Por tanto, si de una parte aprovecha a los coacreedores la interrupción de la prescripción, la constitución en mora, la adquisición de garantías operada por un acreedor; de otra no extingue ni modifica el crédito de los demás la novación hecha por uno de ellos, la compensación que a uno de los acreedores oponga el deudor, la confusión, la transacción, la sentencia absolutoria: el efecto de estos actos se circunscribe al acreedor singular y la de deuda se extingue o modifica peyorativamente sólo en la parte que a este acreedor corresponde (1).

En la *relación interna* es elemento decisivo el contenido específico del vínculo que liga a los acreedores. Sentado que la fuente de la solidaridad no es nunca la ley, de modo que aquélla se produce sólo cuando expresamente se estipula, hay que admitir un interés común en los varios partícipes del crédito; sobre la base de tal interés tiene lugar la división del provecho que la obligación implica y que es consecuencia de la acción de reembolso concedida a cada uno de los acreedores solidarios contra quien percibió el importe total del crédito, para obtener el pago de sus respectivas cuotas, las cuales podrán ser iguales o desiguales según el título. La ley, aunque no explícitamente, establece una presunción de división entre ellos, precisamente porque da por supuesta la existencia de un común interés, y por esto se infiere, no sólo de las palabras del art. 1.184 «si bien el beneficio o provecho de la obligación puede distribuirse entre los diversos acreedores», sino también por analogía del precepto del art. 1.198 relativo a la solidaridad pasiva. Sin embargo, esta es una presunción simple; el título puede excluirla, y cuando esto ocurra, el reembolso no puede ejercitarse.

(1) Adviértase, sin embargo, que la eficacia de tales actos no es unánimemente juzgada por los civilistas. Véase Melucci, ob. cit., y Rodière.

β) *Solidaridad pasiva*.—También en esta, como en la solidaridad activa, el principio regulador en lo que a la *relación externa* se refiere, es que cada deudor se reputa único y exclusivo obligado por la totalidad. De ello se infiere: 1) que el acreedor puede dirigirse a su elección contra cualquiera de los deudores y exigirle toda la prestación (artículos 1.186 y 1.189); 2) que el deudor elegido, estando personalmente obligado por el todo, no puede invocar el *beneficium divisionis* ni pretender pagar su cuota solamente, ni exigir que sean demandados los codeudores (art. 1.189); 3) que ejecutada que sea por un deudor la prestación total, los demás codeudores quedan liberados (art. 1.186); 4) que, por consiguiente, como el acreedor puede dirigirse contra un deudor o contra todos simultáneamente, así cuando se hubiere dirigido sin resultado o con resultado parcial contra uno o contra varios de los deudores, podrá dirigirse contra los demás hasta obtener el total cumplimiento de la prestación (art. 1.190); 5) que si la prestación se hace imposible por culpa o durante la mora de uno o varios de los deudores, las consecuencias del hecho culposo deben recaer sobre el autor del mismo, pero no puede producir la liberación de los demás codeudores; el deudor que incurrió en culpa o en mora estará obligado a responder ampliamente del resarcimiento del daño; los demás responderán solamente en los límites de la *æstimatio rei* (art. 1.191).

En cuanto a los otros hechos que afectan solamente a la relación con un solo deudor, pueden repercutir directa o indirectamente en el vínculo que liga a los demás; la ley contiene a tal respecto abundantes disposiciones y ha regulado expresamente los casos de novación, compensación, remisión, etc., hechas por el acreedor con relación a uno de los deudores. El criterio fundamental que de ellas se deduce es que sólo aquellos hechos que tienen eficacia objetiva en cuanto afectan a la existencia de la deuda considerada objetivamente en su unidad, producen efecto también frente a las demás deudores y que, en cambio, afectan únicamente a la relación particular del deudor cuando tales actos no se refieren a la unidad objetiva de la deuda; y, además, como la relación interna entre los codeudores es extraña al acreedor, no puede éste disponer de su crédito de modo que influya

en tal relación, lo cual significa que dicho acreedor puede disponer de la totalidad del crédito, y que si dispone de la parte de uno de los deudores no puede perjudicar a los demás privándoles del derecho de reembolso o haciendo inútil el ejercicio de la acción correspondiente.

Si, por tanto, la interrupción de la prescripción, la constitución en mora, la novación, la remisión de la deuda, el juramento, son actos que afectan a la deuda en su unidad objetiva, se deduce: 1) que los actos *interruptivos* de la prescripción con relación a uno de los deudores, o el reconocimiento de la deuda hecho por uno de ellos, interrumpen la prescripción con respecto a los demás y también con respecto a sus herederos (artículo 2.130); 2) la *demandada de intereses* deducida contra uno de los deudores hace devengar aquéllos contra todos (art. 1.192); 3) la *novación* hecha entre el acreedor y uno de los deudores libera a los demás, a no ser que el acreedor hubiere exigido la adhesión de los demás codeudores, porque negándose éstos a adherirse a la nueva convención subsistiría el crédito primitivo (art. 1.277); 4) la *remisión de deuda* hecha a un deudor aprovecha a los demás; la ley presume que tal remisión tiene eficacia objetiva y requiere cuando ésta quiera excluirse que el acreedor se reserve sus derechos contra los demás deudores (artículos 1.279 y 1.281); 5) el *juramento* deferido a un deudor favorece a los demás, con tal de que se defiera sobre la deuda y no sobre el hecho de la obligación solidaria (art. 1.373, párr. 3.º y último).

Tienen, por el contrario, una eficacia limitada al deudor con respecto al cual tales hechos se producen: 1) la remisión de la deuda limitada a un solo deudor; el efecto de ésta por el principio de la no disponibilidad por el acreedor del derecho de reembolso repercute, sin embargo, en los demás deudores, porque perdiendo los codeudores la posibilidad de ejercitar la acción de reembolso con respecto al deudor liberado quedan dichos codeudores liberados también de la cuota que correspondería al deudor que fué objeto de la remisión y no de una cuota viril, sino de la determinada por la relación interna (art. 1.281); 2) la

remisión del vínculo de solidaridad (1); el acreedor que consiente en la división de la deuda en favor de uno de los deudores conserva su acción solidaria con respecto a los demás por todo el crédito (art. 1.195); éstos continúan solidariamente obligados; aquél solamente lo está a pagar su cuota. Resulta claro que cuando el acreedor hubiere obtenido la cuota del deudor a quien se hizo remisión de la solidaridad no podrá dirigirse solidariamente contra los demás sin antes haber deducido de la deuda la cuota satisfecha; tal remisión puede operarse tácitamente observando los requisitos establecidos en el art. 1.196: 3) la *confusión* de uno de los deudores con el acreedor; si uno de los deudores es heredero del acreedor, o éste es heredero de uno de los deudores, el crédito solidario queda disminuído en la porción que a dicho deudor corresponde (art. 1.194), y lo mismo ocurre cuando el hecho que determina la confusión no sea la sucesión *mortis causa*, sino, por ejemplo, la cesión del crédito; 4) la *compensación* de un crédito propio del deudor demandado o también de un crédito de otro codeudor, pero en este caso sólo por el importe de lo que este codeudor debería por la relación interna de la deuda común (art. 1.290).

Mucho se ha discutido sobre los efectos de la *transacción* y de la *cosa juzgada*. En orden a la primera, dicen algunos que produce sus efectos con relación a todos los deudores; otros, que puede aprovechar a los codeudores, pero no puede perjudicarles. Respecto a la segunda, hay también dos opiniones análogas a las anteriores y una tercera que niega a la sentencia, por su carácter de *res inter alios*, toda eficacia frente a las personas que no intervinieron en el juicio (2).

(1) Sobre esta y otras clases de remisión, véase Gangi, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, Siena, 1905; *Ancora della remissione del debito solidale* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XVI, 1906. páginas 327 y siguientes).

(2) Véanse Melucci. op. cit., páginas 137, 144; Giorgi, *Obblig.*, I, números 171, 174 y siguientes; Venzi, en *Pacifici, Ist.*, IV, páginas 100 y siguientes; Chironi, *La cosa giudicata nelle obblig. solidali*, Siena, 1884; Ghirardini, *La cosa giudicata nelle obblig. solidali* (*Arch. giur.*, LXXVI, páginas 397 y siguientes); Riccardi, *Degli effetti del giudicato in tema di obblig. solid.* (*Riv. dir. pubbl.*, 1911, páginas 406 y siguientes).

En cuanto a las excepciones que al crédito pueden oponerse, el art. 1.193 declara oponibles por cada deudor las excepciones personales que a él competen y las comunes a todos los demás codeudores (excepciones fundadas en la ausencia o ilicitud de la causa, en la extinción de la deuda, etc.); prohíbe, en cambio, las excepciones personales de otros deudores.

En la *relación interna* rige el principio general de que la distribución de la carga que la obligación implica es normada por la relación de solidaridad. La norma acogida en el Código (artículo 1.198), según la cual la obligación se divide entre los deudores, de modo que éstos entre sí sólo por su parte respectiva están obligados, no tiene un valor absoluto. Esta norma es subsidiaria respecto al título en el cual se basa la obligación que puede excluir la división total o parcialmente, si resulta que el negocio que generó la deuda afectaba a uno solo de los deudores, como ocurre, por ejemplo, en la fianza solidaria (art. 1.201). Constituye una mera presunción el considerar iguales las cuotas de los coobligados; el título indicará la diversa cuantía de las respectivas cuotas. Consecuencia natural y directa de tales principios son las reglas contenidas en los artículos 1.199, 1.200 y 1.201: 1) el codeudor que pagó la totalidad de la deuda puede repetir de los demás la respectiva cuota y sólo ésta (art. 1.199, párrafo 1.º); 2) si uno de los codeudores es insolvente, la pérdida ocasionada por insolvencia se reparte entre todos los demás codeudores solventes, incluso aquel que hizo el pago (art. 1.199, párr. 1.º); 3) si el acreedor renuncia a la acción solidaria contra alguno de los deudores y uno o más de éstos son insolventes, su porción se distribuye entre todos los deudores, incluso aquellos que fueron precedentemente liberados de la obligación solidaria (artículo 1.200).

Para proteger este derecho correspondiente al deudor que pagó el todo, concede dos acciones la ley contra los coobligados: la *acción de reembolso* y la que corresponde al acreedor por efecto de la *subrogación legal*.

La primera (artículos 1.198 y 1.199), considerada por unos como un *actio mandati*, por otros como un *actio pro socio*, según que se admita la existencia de un *mandato tácito* o de una *socie-*

dad entre los codeudores, es, según el concepto de la representación, una acción especial que no reproduce ni aquellas acciones ni la *negotiorum gestorum*; es una acción derivada del carácter mismo de la solidaridad (1). La segunda (art. 1.253, núm. 3) es la misma acción del acreedor, en la cual se subroga quien estando obligado con otros o por otros al pago de una deuda, tenga interés en pagarla; la subrogación se efectúa de derecho, pero es obvio que en cuanto al contenido su acción no sólo se circunscribe a las cuotas de los demás (deducida naturalmente la cuota del deudor que pagó toda la deuda), sino que debe ejercitarse también separadamente para cada cuota de los codeudores, porque el vínculo de solidaridad que ligaba a todos los deudores ha quedado disuelto (2).

(1) Brugi, *L'art. 168 del C. svizzero; regresso tra condebitori in solido* (*Arch giur.*, XXX, 1883, páginas 413 y siguientes); Landucci, *Il regresso nelle oblig. correali*, Padua, 1888; Abello, *Il regresso nella solidarietà passiva* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XXXIII, 1902, páginas 165 y siguientes).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—La parte más interesante de este párrafo es la que hace relación a las obligaciones solidarias. Castán, teniendo en cuenta el art. 1.137 de nuestro Código civil, define esta especie de obligaciones «como aquellas en que concurren varios acreedores, varios deudores o varios acreedores y varios deudores (género próximo) y en que cada acreedor tiene derecho a pedir y cada deudor debe prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación (diferencia última).

Teniendo presente la parte en que se dá la pluralidad de sujetos, la solidaridad será *activa*, *pasiva* y *mixta*; por el origen será voluntaria o legal. Según los artículos 1.137 y 1.138, la solidaridad no se presume; debe establecerse expresamente. Un caso de solidaridad legalmente establecida es la de los coherederos por las deudas de la herencia (artículo 1.084) y otro la de las personas que nombran un mandatario para un negocio común (art. 731). La solidaridad puede ser *uniforme* y *varia*. Así lo reconoce el Código civil, que en su art. 1.140 declara que la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones »

Solidaridad de acreedores.—a). *Relación de los acreedores con el deudor.*—Según el art. 1.142, el deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero si hubiere sido demandado judicialmente por alguno, a éste deberá hacer el pago.

La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda he-

§ 73.—*Fuentes de la obligación*

Brugi, Ist. §§ 57 y 62; Pacifici, Ist. IV, pág. 147; Chironi, Ist. II, §§ 282, 283, 290 y 291; Zacharia, Man., II, 285; Aubry y Rau, Cours IV, § 305; Planiol, Traité II, números 805 y siguientes; Windscheid, Pand. II, 1, § 302.

El modo como el Código clasifica (art. 1.097) las fuentes o causas de las obligaciones representa uno de los muchos sistemas científicos o legislativos de catalogación de las mismas. El adoptado, por nuestro Código no es, desde el punto de vista

chas por cualquiera de los acreedores solidarios... extinguen la obligación (art. 143, apartado 1.º).

b) *Efectos en la relación de los acreedores entre sí.*—El acreedor que extinga la deuda por el cobro o por cualquiera de los actos enumerados en el apartado 1.º del art. 143, responderá a los demás de la parte que le corresponde en la obligación (art. 143, apartado 2.º).

Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial (art. 1.141, párr. 1.º)

Solidaridad de deudores.—a) *Efectos en la relación de los deudores con el acreedor común.*—Cada deudor está obligado al pago íntegro de la deuda. «El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo» (art. 1.144).

El deudor solidario puede utilizar contra las reclamaciones del acreedor todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables (art. 1.148).

Si la cosa hubiere percido o la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida.

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 (art. 1.147).

c) *Efectos en la relación de los deudores entre sí.*—El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponde con los intereses del anticipo (art. 1.145, apartado 2.º). La quita o remisión hecha por el acreedor de la parte que afecte a uno de los

abstracto, de los más satisfactorios, pero sí el que mejor concuerda con la tradición romanística o de derecho común.

Desde un punto de vista rigurosamente científico, si por causa de la obligación se entiende todo hecho jurídico, generador de la relación obligacional, las causas todas de las obligaciones se pueden agrupar en dos grandes categorías: *a*) hechos consistentes en la libre manifestación de la voluntad que produce el nacimiento de un vínculo obligatorio, es decir, declaraciones de voluntad hechas con la intención de obligarse; *b*) hechos de otra naturaleza que no implican determinación volitiva alguna a los cuales el Derecho objetivo asocia el efecto de producir un vínculo jurídico. Así el derecho de crédito deriva, o voluntariamente de un negocio jurídico o necesariamente de la ley; en el primer caso, como efecto de la voluntaria determinación subjetiva; en el segundo, como consecuencia necesaria de las relaciones sociales que el ordenamiento jurídico disciplina y que son, según éste, productivas de obligaciones. A las obligaciones que nacen de negocio jurídico, pertenecen las procedentes de contrato, y cuando no haya contrato las derivadas de declaración unilateral de voluntad. A las obligaciones originadas en la ley, pertenecen grupos muy distintos de relaciones obligatorias, ya reconozcan éstas por causa inmediata un hecho lesivo del derecho ajeno (delito), o un hecho lícito, cuyas consecuencias, implicando un enriquecimiento injusto de un patrimonio en detrimento de otro, deben ser removidas (gestión de negocios ajenos, pago de lo indebido o un enriquecimiento injusto cualquiera) o una de

deudores solidarios, no libra a éste de su responsabilidad para con los codeudores en el caso de que la deuda haya sido totalmente pagada por cualquiera de ellos (art. 1.146).

La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores a prorrata de la deuda de cada uno.

Los deudores que hayan respondido del precio perecimiento e imposibilidad debidos a culpa de uno de ellos, tienen acción contra el culpable o negligente (art. 1.147, apartado 2º).

Castán sintetiza los efectos de la obligación solidaria en el siguiente principio: «Cada deudor solidario frente al acreedor es deudor *por entero*; frente a sus codeudores es deudor *por su parte*».

las múltiples relaciones de derecho familiar sucesorio o real, que originan obligaciones de hacer o de no hacer entre parientes, cónyuges, heredero y legatarios, propietarios colindantes, copropietarios, etc.

En esta concepción, que reduce las fuentes todas de la obligación a dos: el contrato y la ley, y que más de un autor defiende como la única clasificación racional (1), se inspira el Código civil alemán; éste indica solamente dos causas (§ 305); como principal el negocio jurídico y entre las obligaciones que derivan de la ley enumera las que se originan del delito (§ 823 y siguientes), las que proceden de gestión de negocios (§ 677 y siguientes), de comunidad (§ 741 y siguientes), de enriquecimiento indebido (§ 812 y siguientes).

A esta división se opone la quintuple admitida por nuestro Código civil, que reconoce cinco fuentes distintas: la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito (art. 1.097). Esta clasificación deriva del Código francés, el cual contraponiendo las obligaciones convencionales (art. 1.101) a aquellas otras que se originan sin que medie convención alguna, agrupa éstas en dos categorías, según que sea fuente inmediata de las mismas la ley o un hecho del hombre, subdividiendo éstas en tres clases, las que proceden del cuasi-contrato, del delito y del cuasi-delito (art. 1.370). De aquí la teoría tradicional de los civilistas franceses e italianos, quienes declaran que las obligaciones reconocen por causa la ley o el hecho del hombre pudiendo éste ser un hecho lícito (contrato, cuasi-contrato) o un hecho ilícito (delito o cuasi-delito).

(1) Planiol, *Classification des sources des Obligations* (*Rev. crit. de leg. et jur.*, XXXIII, 1904, páginas 224 y siguientes); *Traité*, II, n. 807; Scialoja A., *Le fonti delle obbligazioni* (*Riv. dir. comm.*, 1904, pág. 520); Demogue, *De la classification des sources des Oblig.* (en *Studi per Chironi* I, páginas 105 y siguientes); Costamante, *Le fonti delle obbligazioni*, Palermo, 1907; Scuto, *Clasificación delle parti delle Oblig.* (en *Foro civ.*, 1923); Crome, *System d. heut. burg. Rechts*, II, § 143; Brugi, *Ist.*, pág. 417, n. 6. Véase también el estudio no completo aún de Are, *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti d. Obbl.*, Nápoles, 1915.

Los orígenes de esta clasificación son más antiguos y se remontan a través del derecho común a las fuentes romanas.

Si las obligaciones que históricamente aparecieron primero, son las que nacen de delito, o sea de ofensas y violaciones de la esfera jurídica ajena, correspondiendo las contractuales a un grado más avanzado de civilización; si por contrato entendieron los romanos sólo el obligatorio y no (por lo menos originariamente) un negocio cualquiera que comprenda, no ya la convención generatriz de obligaciones, sino también la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido, la simple promesa (que excluyen toda idea de acuerdo o consentimiento), son cuestiones de carácter histórico que no encajan en un estudio expositivo como el nuestro (1). En los orígenes del Derecho romano, sólo dos fuentes se admiten: el acto lícito y el ilícito; el contrato y el delito. «*Omnis Obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*», Gayo III, 88. Pero cuando más tarde cambia el sentido de la palabra contrato, expresando únicamente la idea de convención obligatoria, se advierte que surgen otros tipos de obligación por disposición expresa del ordenamiento jurídico y la primera clasificación parece sumamente reducida y se adiciona un tercer miembro en la división, recogiendo un gran número de obligaciones que hubieran quedado excluidas de la primitiva división, y así otro pasaje también de Gayo (fr. I, pr. D. 44, 7) enseña: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficis aut proprio quodam juris ex variis causarum figuris*. Las *variae figurae* son causas diversas que no entran en aquellas dos categorías de contrato y de delito aunque pueden ser análogas a éstas o consistir en un precepto especial del Derecho positivo.

En las escuelas bizantinas se adopta una clasificación de cuatro miembros, que más que en la realidad, se inspiró en una exagerada afición a la simetría. Al observar que hay obligaciones que no originándose en un contrato o en un delito, se estructuran análogamente a las obligaciones contractuales o delictuales, es decir, se originan en hechos semejantes al contrato o al delito

(1) Véase para el Derecho romano el genial y sugestivo escrito de Perozzi, *Le Obligazioni romane*, Bologna, 1903.

en los que no falta el elemento intencional, se añadió a la primitiva división bipartita dos nuevos miembros y se declaró que las obligaciones *aut et contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi et maleficio* (§ 2. Inst. 313).

Las causas similares al contrato y al delito constituyeron las dos extrañas categorías de *cuasi-contrato* y *cuasi-delito*, que el Derecho posterior y el actual debían aceptar como paralelas y distintas y a las que correspondía un concepto y un contenido tan delimitado y preciso como los que corresponden al contrato y al delito; la adición por la ley de un quinto miembro, fué hecha mucho más tarde; sirvió para agrupar todas las obligaciones que no se podían incluir en el negocio jurídico bilateral ni en el acto ilícito, ni tampoco en las otras dos categorías similares.

De este modo pasó la clasificación al Derecho civil italiano, en el cual las obligaciones legales comprenden la ilimitada serie de vínculos jurídicos, que tienen por objeto una prestación y se originan en relaciones familiares, de tutela, sucesorias, de comunidad, de vecindad, etc. No es ocasión ahora de estudiarlas, puesto que su examen corresponde al estudio de las instituciones del derecho familiar, real, sucesorio, en las cuales la obligación reconoce su origen en la ley. Las que corresponden a la doctrina de los derechos de obligación se estudiarán en la parte especial (I).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Según el art. 1.089 las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en el Código o en leyes especiales, rigiéndose por las leyes que las hayan establecido y en lo que éstas no hubieren previsto, por las disposiciones del libro IV del Código (artículo 1.090).

Las obligaciones procedentes de contratos ligan a los contrayentes porque el contrato tiene fuerza de ley entre ellos (art. 1.091). A falta de pacto expreso se rigen por los preceptos del Código.

Respectivamente a las obligaciones que nacen de los delitos o faltas se rigen por los preceptos del Código penal, y en cuanto a las procedentes de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia, no penados por la ley, se regirán por el capítulo correspondiente (2.º, título XVI, libro IV) del Código civil (artículos 1.092 y 1.093).

CAPITULO XVIII

Efectos de la obligación

§ 74.—*Cumplimiento*

Brugi, Ist. § 71; Pacifici, Ist. IV, pág. 423-517; Chironi, Ist. II §§ 292, 295, 296; Polacco, Obblig. §§ 54-75; Crome, Obblig., §§ 11, 13, 14, 24, 25; Zachariae, Man. II §§ 278, 296, 301; Aubry y Rau, Cours, IV, §§ 315-321; Planiol, Traité, II, números 400 y siguientes, Windscheid, Pand. II, 1, §§ 273-275, 282, 342-347.

Siendo el fin de toda obligación el hacer obtener al acreedor, aun contra la voluntad del deudor, la ventaja de la prestación mediante el cumplimiento de la misma o cuando éste no sea posible mediante los substitutivos del cumplimiento, los efectos de las obligaciones pueden agruparse en tres clases, según que se refieran al cumplimiento, a la forma de éste, al incumplimiento y a las consecuencias que éste produce y a los medios que se conceden al acreedor en defensa y protección de su derecho. La triple teoría de la ejecución, de los efectos de la inejecución, de la protección jurídica del acreedor, constituye la doctrina completa de los efectos que la relación obligatoria produce. Ciertamente que el cumplimiento es uno de los modos de extinguirse las obligaciones y, sin duda, el procedimiento más normal y completo, y no solamente de las obligaciones con prestación única y transitoria, sino también de aquellas otras con prestación continua y duradera, porque es esencial a la relación obligatoria el no durar indefinidamente en el tiempo, sino el extinguirse. En este aspecto, disciplina el Código civil (artículos 1.237-1.266) que enumera, como primero entre los medios de extinción de las obligaciones: el pago (art. 1.236). La mayoría de los civilistas italianos y franceses se ocupan del pago primeramente sin que osen apartarse del orden legal seguido por el Código. Nosotros

lo estudiaremos ahora y con ello ganará en claridad la teoría de incumplimiento, cuya exposición es en él algunos de sus puntos oscura y fragmentaria.

Cumplimiento (1) es la exacta ejecución de la prestación por parte del deudor; sinónimos del cumplimiento son los términos *pago* y *solutio* que expresan el concepto de extinción del vínculo obligatorio y no se limitan a expresar como ocurre en el lenguaje vulgar el cumplimiento de una obligación pecuniaria, la prestación de una suma de dinero (2). «Quien contrajo una obligación—declara el art. 1.218—debe cumplirla completamente y en otro caso resarcir los daños».

Ahora bien, exacta ejecución quiere decir prestación de todo lo que es debido, en la forma y lugar fijados sin que sea posible sustituir una cosa por otra o hacer prestaciones parciales cuando el interés del acreedor en recibir la prestación íntegra, quedaría perjudicado por una *solutio* parcial; significa la satisfacción completa del interés del acreedor y puesto que toda la relación es regida por los principios de la buena fe, ello lleva como consecuencia que si el vínculo obligatorio reconoce su origen en el contrato, el deudor debe no sólo cuanto en el mismo se expresa sino también todo aquello que según la ley, la equidad o la costumbre derivase de él (art. 1.124).

Requisitos esenciales del cumplimiento son: la existencia de una deuda sin la cual la *solutio* como acto desprovisto de causa, daría lugar a la repetición (art. 1.237); la intención en quien paga de extinguir la obligación (*animus solvendi*) sin la cual habría una donación si la prestación se hiciera *animus donandi* o un acto sin causa si no fuera posible sustituir por otra la *causa solvendi*.

(1) Gruchot, *Eine Lehre von der Zahlung der Geldschuld*, 1871; Romer, *Beiträge zur Lehre von Erfüllung der Obligation*, 1877; Siliotti, *Del pagamento nel dir. priv. it.*, Roma, 1897; Piola-Caselli, *Pagamento*, en *Dig. it.*; Scuto, *Sulla natura giur. del pag.* (*Riv. dir. comm.*, XIII, 1915, pág. 353).

(2) Fr. 54, D. 46, 3: *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur quam ad numerorum solutionem*; fr. 176, D. 50, 16: *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipierulam placet, solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit*.

Otros muchos requisitos se exigen para la validez del cumplimiento y se refieren a la persona a quien se paga. A la que ejecuta la *solutio*, al objeto de la prestación, al modo de imputar el pago, al tiempo, al lugar. Examinaremos todo esto⁹ separadamente no sin antes fijar el concepto general y la naturaleza jurídica del cumplimiento.

a) *Naturaleza jurídica del pago*.—Algunos ven en el pago solamente un hecho, un hecho jurídico cuya consecuencia es la extinción de la deuda. Pero si se tienen en cuenta las condiciones que la ley exige para su validez, especialmente las relativas a la capacidad de enajenar (si la prestación consiste en un dar), al elemento intencional que se requiere en el *solvens*, a la manifestación voluntaria que la ejecución implica, habrá forzosamente que reconocer que se trata de un negocio jurídico verdadero y propio, el cual es regido por los principios todos que rigen estos negocios. Pero la doctrina no se muestra concorde en lo que se refiere a la determinación de la especie o clase de este negocio jurídico, y mientras unos definen el pago como un acto jurídico unilateral en cuanto consiste en un hecho voluntario del deudor, el cual, al efectuar la prestación tiende a extinguir la relación obligatoria creada, otros, en cambio, lo reputan negocio jurídico bilateral un contrato verdadero y propio, porque a la prestación del deudor corresponde la aceptación del acreedor, es decir, que se exige el concurso de dos voluntades como en otro contrato cualquiera. La oposición que esta última opinión halla en multitud de autores quienes juzgan que es contradictorio llamar contrato a un acto jurídico cuyo fin es extinguir la obligación, no está justificada; dicha oposición se funda en la creencia de que la finalidad única del contrato es crear obligaciones, siendo así que el acuerdo de dos o más voluntades puede perseguir la creación, regulación o extinción de un vínculo jurídico (art. 1.098) y que del mismo modo que hay contratos obligatorios, los hay también liberatorios y entre estos últimos figura el negocio jurídico solutorio. Lo cierto es—por lo que se refiere a esta divergencia doctrinal (1)—que la *solutio* puede ser un negocio unila-

(1) Sobre esta divergencia véase el folleto de Scuto, *La natura giur*

teral o un negocio bilateral según la naturaleza específica de la prestación; cuando ésta consiste en una omisión y cuando consta en un hacer, no se requiere por regla general que el acreedor intervenga, es necesaria su intervención si la prestación consiste en un dar, porque en tal caso precisa su aceptación (1). Si el negocio jurídico se debe o no considerar como abstracto y formal es una cuestión muy discutida. No se puede, en efecto, decir que el negocio jurídico carezca de causa. La causa de la *solutio* es la intención de extinguir el vínculo obligatorio. El punto discutible es: si la *solutio* es independiente de la causa propia del negocio jurídico constitutivo del vínculo; si tiene frente a éste un valor abstracto y se sustrae a la nulidad establecida en el artículo 1.119. La cuestión, a nuestro parecer, debe resolverse en el sentido de que si por regla general basta al negocio solutorio su causa propia y específica influye en la validez de aquél la causa del negocio fundamental, en forma que la nulidad de éste puede afectar a la *solutio* (2).

b) *Destinatario del pago*.—Como cumplir significa satisfacer la razón crediticia, es indudable que la prestación debe realizarse en favor del acreedor y solamente en su favor; máxime (como ocurre de ordinario) cuando una aceptación del accipiente es necesaria para que el cumplimiento sea perfecto (art. 1.241). Sin embargo, no siempre se efectúa la prestación en favor del acreedor válidamente; ni faltan casos en que pueda válidamente verificarse la prestación en favor de personas distintas del acreedor.

del pago, Catania, 1914, y en *Riv. dir. comm.*, 1915, 1, páginas 353 y siguientes.

(1) La cuestión adquiere importancia por el precepto del art. 1.341, que prohíbe la prueba de testigos en las convenciones cuyo valor exceda de 500 liras porque se discute si este precepto se aplica a los pagos superiores a 500 liras. La solución es que dicha norma afecta también al pago Véase sobre la naturaleza jurídica de la *solutio*: Crome, *Obblig.*, páginas 317-318; Venzi en Pacifici, *Ist.*, II, pág. 836, IV, páginas 595 y siguientes.

(2) Crome, *Obblig.*, pág. 318, n. 13. y en *Zeitschr. f. franz. Civilrecht*, XXI, páginas 328-354 y siguientes; Zachariæ, *Man.*, II, pág. 748, n. 13; Ferrara, *Teoría del negocio ilícito*, páginas 289-290.

α) Los casos de la primera especie se refieren a la condición subjetiva de capacidad del acreedor o al de secuestro del crédito: 1) si se promueve un secuestro o un acto de oposición regularmente para impedir que el deudor pague a su acreedor, no podrá aquél pagar a éste; si no obstante tales actos le paga, puede ser constreñido a pagar a quien promovió la oposición o el secuestro sin perjuicio de su acción de reembolso contra el acreedor satisfecho (art. 1.244); 2) se exige también que el acreedor a quien se paga sea capaz de recibir en pago (art. 1.243); y como recibir la prestación implica extinción de la obligación, y, por tanto, disposición del crédito, falta semejante capacidad a todos aquellos que carecen del poder de disposición (menores, interdictos). Sin embargo, aunque se haga a persona incapaz, la *solutio* extingue el crédito si el deudor prueba que la prestación fué hecha en provecho del acreedor (*versio in rem*, art. 1.243, artículo 1.307).

β) Puede y debe pagarse a persona distinta del acreedor cuando éste hubiere autorizado a otro a recibir el pago o la ley o la autoridad judicial designaren a otro para percibirlo (artículo 1.241) (1). Se tratará, pues, según los casos de un mandatario para recibir en pago de una persona designada a este fin o de un *adiectus solutionis causa* nombrados por el acreedor o también de un representante legal del incapaz como el padre o tutor o de un acreedor asignatario del importe en virtud de sentencia, etcétera. Pero también hay que decir que el pago hecho a quien no estuviera autorizado por el acreedor para recibirlo, se reputa válido y extintivo de la obligación si el acreedor lo ratifica o también si se prueba que resultó hecho en su provecho (*versio in rem*, art. 1.241). También es declarado válido por la protección debida a la *bona fides* el pago hecho de buena fe, por el deudor al acreedor aparente, es decir, a aquel que se presenta con un título nulo como si fuese efectivo acreedor estimándolo

(1) En virtud del § 393 del Código civil alemán, el portador de la factura se reputa autorizado a recibir la prestación, salvo que de las circunstancias resulte lo contrario.

por tal el *solvens*: éste queda liberado aunque el poseedor del título crediticio (1) sufra después la evicción (art. 1.242).

c) *Persona que cumple*.—La prestación debe realizarse única y exclusivamente por el deudor, si otro le sucede en el vínculo u otro está obligado con él principal o subsidiariamente, será también debida por éste. Pero si por regla general es el deudor quien la realiza (la prestación) nada impide que la realice un tercero; es más, puede afirmarse que al acreedor es indiferente la persona que realiza la prestación y sólo le importa que ésta se cumpla. Esto no se verifica, sin embargo, en aquellas obligaciones en que se tome en consideración la persona del obligado, de modo que el sustituir éste en el momento de la *solutio* influya en la naturaleza de la prestación; son ejemplo de esto, muchas obligaciones de hacer, cuando las cualidades personales del obligado le hagan insustituible. Esta fórmula está contenida en el precepto del art. 1.239 del Código civil: «La obligación de hacer no puede cumplirse por un tercero contra la voluntad del acreedor cuando éste tenga interés en que sea el deudor mismo quien la cumpla», pero peca de imprecisión; es, por una parte, excesivamente amplia, porque hay prestaciones de hacer perfectamente sustituibles; por otra demasiado estrecha, porque también algunas prestaciones de dar son insustituibles.

La cuestión de si el acreedor puede en otro caso rehusar la prestación hecha por un tercero, se debe resolver negativamente. Sin embargo, o el tercero tiene interés en el cumplimiento (si es, por ejemplo, un cóobligado o fiador) y le corresponde el derecho de cumplir la obligación, o no lo tiene y puede obrar en nombre del deudor, o para su liberación (por ejemplo, si es mandatario o gestor de negocios) y el acreedor no puede oponerse a ello; o bien puede obrar en nombre propio y la única limitación que en tal caso establece la ley, es que no pueda exi-

(1) El Código habla de «quien se halla en posesión del crédito», pero ya observamos en otro lugar (vol. I, pág. 705, n. 3) que la expresión posesión no tiene aquí un valor técnico. El caso más notable de aplicación del art. 1.242 es el del heredero aparente (art. 933). Véase Ferrini, *Obblig.*, pág. 579; Brugi, *Pagamento al creditore apparente* (*Riv. dir. comm.*, 1915; II, pág. 686).

gir del acreedor satisfecho que le subrogue en su lugar (artículo 1.238) (1). También debe resolverse negativamente otra cuestión: la de si el deudor puede oponerse a que otro realice su prestación; si el deudor está obligado a pagar no puede impedir que otro le pague si no es efectuando la prestación el propio deudor; la única limitación es que el deudor no puede empeorar de condición por el pago hecho por un tercero (2). Condición necesaria para la validez del pago, ya realice la prestación el deudor o un tercero, es la capacidad del *solvens*, y esto implicà que en las obligaciones de dar, por una parte el *solvens* debe tener facultad de enajenar y por otra debe ser propietario de la cosa que paga (art. 1.240). El doble requisito es indispensable, pero solamente cuando la *solutio* tenga el carácter de enajenación, lo que ocurre únicamente cuando la propiedad de la cosa no se hubiere transferido en virtud del negocio jurídico constitutivo del vínculo obligatorio, como sucede en las obligaciones contractuales, en las que rige el principio según el cual el mero consentimiento es suficiente para transmitir la propiedad; es decir, que ocurre solamente cuando la *solutio* no consista en una simple entrega, como cuando se trata de obligaciones que no derivan de contrato o de cumplimiento realizado por un tercero, de obligaciones genéricas o de una *datio in solutum*. Si el pago se realiza por persona incapaz, puede ser anulado (artículos 1.107 y 1.300) y la cosa puede ser repetida por el propietario si el *solvens* no tenía la propiedad de ella, dentro siempre, naturalmente, de los límites en que el art. 707 consiente la reivindica-

(1) Véase Losana, *Alcuni riflessi sull' art. 1.238 c. c.* (Rolandino, 1892, páginas 353 y siguientes).

(2) En armonía con este principio debe resolverse todo caso de conflicto entre la obligación que tiene el acreedor de recibir la prestación de un tercero y el derecho del deudor a rechazar una ingerencia dudosa en la relación obligatoria. Si, por ejemplo, el tercero paga los intereses de una deuda ajena a un acreedor inactivo, dicho pago vendría a interrumpir la prescripción extintiva en favor del acreedor, ya comenzada; precisamente el derecho del deudor a que el tercero no empeore su propia condición, hace que la interrupción no se estime producida. Ascoli, *Legge*, 1906, pág. 1.302; Giriodi, *ib.*, 1901, pág. 249.

ción de las cosas muebles. Sin embargo, el *solvens* no podrá ejercitar la acción de repetición por respeto a *la bona fides* cuando siendo incapaz de enajenar y no siendo propietario de la cosa, el pago consista en una suma de dinero o en cosa que se consuma por el uso o cuando el acreedor la hubiere consumido de buena fe (art. 1.240, párr. 1.º).

Consecuencia del pago efectuado por un tercero que no estuviere personalmente obligado a efectuarlo es la acción de reembolso contra el deudor en cuyo favor se produjo la liberación, la acción será la de mandato de gestión de negocios o de versión útil, según los casos; pero deberá excluirse cuando la *solutio* se produce en vida o *prohibente debitore*.

Pago con subrogación.—Tiene gran importancia una institución especial para proteger al tercero que pagó una deuda ajena; la subrogación en los derechos del acreedor (1). La función de esta institución es transferir al tercero que pagó o con cuyo dinero se pagó la deuda, los derechos del acreedor, de modo que el tercero, subentrando en el lugar del acreedor, pueda ejercitar contra el deudor las mismas acciones que a dicho acreedor correspondían.

La estructura jurídica de esta subrogación da lugar a dificultades teóricas que se explican por el origen histórico de la institución. Apareció ésta en el derecho intermedio, singularmente en el antiguo Derecho francés, derivando su nombre del canónico, pero relacionada con la institución romana del *beneficium cedendarum actionum*, ofreciendo alguna semejanza con la cesión pero no es una cesión verdadera y propia, ni tampoco una simple cesión de acción. Así que si en un cierto aspecto la subrogación puede entrar en el amplio concepto de la sucesión particular de créditos (en la cual entra la cesión) en otro se distin-

(1) Tratados especiales, Mourlon, *Traité theor. et prat. des subrogations personnelles*, 1848; Gautier, *Traité de la subrogation des personnes*, 1853; Jolleville, *Des caracteres distinctifs du payement avec subrogation*, 1871; Mirabelli, *Dalle surrôga legale sec. il c. c.* (en *Diritto dei terzi*, volumen II, Turín, 1891); Butera, *Surrogazione*, en *Dir. it.*; Peronaci, *Le surrogazione nel Dir. civ. it.*, Milán, 1910. Muy sugestiva y clara es la exposición de esta materia en Crome, *Oblig.*, § 22.

que netamente de éste, porque mientras la cesión opera un simple traspaso del crédito de una persona a otra, la subrogación presupone la extinción de la relación obligatoria y nace sobre la base del cumplimiento (1). También esta doctrina es discutida por muchos que niegan que se debe considerar extinguida la obligación cuando se transfiere el crédito a un tercero; algunos estiman que en tal caso la relación no se considera extinguida frente al tercero. Como quiera que sea, esta afirmación es exacta y responde a la naturaleza misma de las cosas; que la relación se extingue para el acreedor por efecto del cumplimiento, pero subsiste para el deudor; puede producir este efecto tanto la voluntad de las partes como la ley.

Dos son, en efecto, las clases de subrogación, una convencional y otra legal (art. 1.251), según que se base en un acuerdo entre las partes o en un precepto imperativo de la ley.

a) Convencional es cuando se estipula en favor del tercero por el acreedor o por el deudor; sus supuestos son: un contrato y un consentimiento prestado por uno u otro de los sujetos originarios de la obligación. No se exige el concurso simultáneo de la voluntad de ambos; por tanto las dos formas de la subrogación convencional son: una que es consentida por el deudor y no requiere el concurso de la voluntad del acreedor, y otra consentida por el acreedor sin el concurso de la voluntad del deudor. La primera se da cuando el acreedor recibe el pago de una tercera persona y subroga a ésta en los derechos, acciones, privilegios e hipotecas que aquél tiene contra el deudor (art. 1.252).

Requisitos de su validez son el que se haga expresamente, simultáneamente al pago, de modo que en el recibo se exprese la voluntad del acreedor de subrogar en sus derechos al *solvens*; una subrogación posterior al pago sería ineficaz, porque se ope-

(1) La subrogación se distingue de la novación por cambio de acreedor en cuanto que en la novación surge una obligación nueva que substituye a la anterior, la cual queda extinguida con todas sus garantías, privilegios, etc., y en cambio, en la subrogación subsiste siempre la misma obligación que conserva los privilegios, garantías y demás derechos accesorios, véase Lomonaco, *Oblig.*, II, pág. 84; Giovene, *Il negozio giur rispetto ai terri*, 2.^a edic., 1917, pág. 529.

raría sobre una relación obligatoria completamente extinguida. La segunda tiene lugar «cuando el deudor recibe en préstamo una suma para pagar su deuda, subrogando al mutuante en los derechos del acreedor» (art. 1.252, n. 2). Para la validez de esta subrogación que se opera sin el concurso del acreedor se requiere: que el préstamo y el recibo tengan fecha cierta; que en el documento acreditativo del préstamo se declare que la suma fué tomada a préstamo para efectuar el pago y en el recibo se haga constar que el pago se hizo con dinero suministrado a tal efecto por el nuevo acreedor (1). Con ello se tiende a asegurar la absoluta sinceridad de las operaciones y a garantizar a los demás acreedores del propio deudor de los posibles fraudes que en connivencia con el tercero se pueden cometer en perjuicio de sus créditos, haciendo resurgir una obligación extinguida y subtrayéndoles las garantías.

β) *Legal* es la subrogación que se verifica *ipso iure* sin la voluntad o contra la voluntad del deudor o del acreedor. Los casos que el art. 1.253 enumera, a los que hay que añadir los previstos en el Código de Comercio (artículos 438, 319 y siguientes) y en leyes especiales (art. 57 del t. u., 29 de Junio de 1902, núm. 281 sobre percepción de impuestos directos, artículo 90 del t. u., 20 de Mayo de 1897, núm. 217, sobre la tasa de registro, etc.), pueden reducirse a unidad considerando que en todos ellos hay un tercero no completamente ajeno, un tercero que está directamente interesado en el cumplimiento y que obra para la mejor tutela del propio derecho. Corresponde la subrogación legal: a quien siendo acreedor hipotecario o quirografario solamente, paga a otro acreedor preferente por razón de sus privilegios o hipotecas (art. 1.253, n. 1); se relaciona con ésta la subrogación hipotecaria especial regulada por el art. 2.011 de que se trató en otro lugar (2), que corresponde a quien, habien-

(1) A diferencia del C. fr. nuestro Código no exige que el documento de préstamo y el recibo sean públicos; es condición necesaria y suficiente la escritura privada, excluyéndose todo otro medio de prueba en caso de contestación judicial.

(2) Vol. I.

do adquirido un inmueble, paga hasta concurrencia del precio de su adquisición a uno o varios acreedores en cuyo favor se hallaba el fundo hipotecado (art. 1.253, n. 2) (1); corresponde también la subrogación legal a quien, siendo heredero con beneficio de inventario paga con dinero propio las deudas hereditarias (art. 1.253, n. 4), y, por último, en general a quien, hallándose obligado al pago con otros o por otros, tiene interés en extinguir la deuda (art. 1.253, n. 3), como, por ejemplo, el deudor solidario o el fiador (2).

Ya sea legal o convencional la subrogación, produce el efecto de hacer subentrar al subrogado en la posición jurídica del acreedor satisfecho; el crédito, con todas sus garantías y con todas las excepciones oponibles al acreedor originario, se transfiere al subrogado, que podrá dirigirse contra el deudor o contra los fiadores (art. 1.254). Pero la subrogación no se produce sino en los límites cuantitativos de las cuotas de los codeudores si se trata de pago realizado por el coobligado (art. 1.199) o sólo hasta la concurrencia del pago efectivo y en parte y concurrendo (3) con el acreedor originario si éste fué satis-

(1) Se produce aquí un caso de hipoteca en cosa propia y consiguientemente una excepción al principio, según el cual los *iura in re aliena* no son posibles más que en cosa ajena; la excepción, sin embargo, está justificada por la necesidad de proteger al adquirente contra el peligro de la evicción que le privaría de la cosa y del precio; por otra parte, dicho principio teórico queda a salvo si se considera que las hipotecas no adquieren eficacia si no cuando el fundo es objeto de evicción; puede recurrirse al concepto de la *reviviscencia* o mejor aun al de la *quieescencia*, como ya dije.

(2) Es este un principio general que abraza todos los casos no previstos expresamente. Pero resulta claro que para que se den los requisitos exigidos, la relación entre el *solvens* y el deudor debe ser tal que atribuya al primero una acción de reembolso contra el segundo: cuando por razón de dicha relación fuese el *solvens* responsable único y obligado a soportar la carga de la obligación no habría subrogación, ya que pagó una deuda exclusivamente propia.

(3) Esto constituye una innovación del Código italiano, respecto al francés (art. 1.252), en este caso de pago parcial conserva el acreedor parcialmente satisfecho un crédito preferente con respecto al *solvens* subrogado.

fecho en su crédito sólo parcialmente (art. 1.254, párr. 1.º).

d) *Objeto del pago*.—La cosa que debe prestarse al acreedor depende del contenido y de la naturaleza de la obligación. Esto lo vimos al tratar de la prestación y de algunas prestaciones especiales, como el dinero, los intereses, el *id quod interest*. Los principios generales que se refieren al cumplimiento son los siguientes:

1) Puesto que el acreedor tiene derecho a aquella determinada prestación deducida en el vínculo, no puede el deudor sustituirla por otra, aun cuando la ventaja económica reportada fuese superior (art. 1.245). La substitución de una cosa por otra con efecto extintivo no es posible sin consentir en ello el acreedor: *aliud pro alio invito creditorum solvi non potest* (1). Si éste acepta, habrá una *datio in solutum* (2) que equivale al cumplimiento y extingue el crédito liberando a los fiadores (3) aunque el acreedor sufra luego la evicción de la cosa (art. 1.929). La *datio in solutum* es un subrogado de la *solutio* y ofrece los caracteres fundamentales de éste, de modo que le son aplicables las normas referentes al pago.

2) La prestación debe realizarse totalmente no estando el acreedor obligado a aceptar pagos parciales, aun cuando la suma de éstos representase el pago íntegro del crédito (art. 1.246). Para que sea pertinente una *solutio* parcial, precisa que el acreedor la consienta (4), salvo en los casos que contra la voluntad

(1) Jt. 2, § 1. D. 1.

(2) Römer, *Die Leistung au Zahlungsstatr nach dem. röm. u. gem. Recht* Tübingen, 1860; Polacco, *La dazione in pagamento*, Padua, 1888; Coen en *Cod. civ. annot.*, III, páginas 454 y siguientes.

(3) Con respecto a las hipotecas y a la distinción admitida por muchos entre evicción por reivindicación y otras evicciones, véase Giorgi, *Oblig.*, VII, números 303 y siguientes, Venzi en *Pacifici Ist.*, IV, pág. 602; Crome, *Oblig.*, pág. 332, n. a.

(4) Una derogación del principio del art. 1.246, significa en materia de deudas cambiarias (el art. 292 del Código de Comercio, por el cual en interés del crédito cambiario y de los demás coobligados el poseedor de una cambial no puede rehusar su pago parcial, aunque la letra hubiere sido aceptada por la suma íntegra; para conservar la acción de reembolso por la suma no pagada, deberá probar por los medios legales la insolvencia parcial.

del acreedor el débito se distribuya *ope legis* entre varias personas, como ocurre en el caso de varios coherederos (art. 1.204) y en el de varios fiadores que no hubieren renunciado al *beneficium divisionis* (art. 1.912).

3) Consecuencia del principio por el cual la prestación debe realizarse íntegramente y de que el acreedor no está sujeto a carga alguna respecto al pago es el precepto del art. 1.250, según el cual son de cuenta del deudor todos los gastos inherentes al pago.

El deudor deberá, pues, soportar los gastos de entrega de recibo y cualquier otro que derive del cumplimiento (1).

4) Si la prestación tiene por objeto una cosa cierta y determinada, la obligación se cumple y el deudor queda liberado si la consigna en el estado en que se halle en el momento de la entrega; no es responsable de los deterioros sobrevenidos en la cosa una vez constituido el vínculo sino en el caso de que dichos deterioros se produjeran por hecho o culpa del deudor o de las personas por las cuales éste responde o en el caso de que tales deterioros sobrevinieran después de incurrir en mora (art. 1.247), salvo, sin embargo, lo previsto en el art. 2.298, párr. 1.º

5) Si la deuda es de cosa determinada genéricamente, el deudor no está obligado a darla de la mejor calidad, pero tampoco podrá darla de la peor (artículos 1.248 y 870).

6) Directamente relacionada con el objeto, se halla la determinación del crédito que con la prestación se satisface, en todos los casos en que el acreedor tenga varios créditos contra la persona que paga o en cuyo interés paga un tercero (*imputación de pagos*). La norma fundamental es que al deudor corresponde el derecho de declarar cuando paga cuál es el crédito que desea extinguir (art. 1.255). Si no lo declara, este derecho corresponderá al acreedor (art. 1.257), y cuando tampoco éste proceda a la imputación, provee la ley estableciendo criterios directivos generales (art. 1.258). Pero el derecho de elección del deudor

(1) Se discute si son de cuenta del deudor los gastos que derivan del registro del recibo. Losana, *Portata dell'art. 1.250* (Notas it., 1904, página 205); Severi en *Giur it.*; 1901, I, pág. 333.

tiene un límite en las deudas fructíferas, sin que pueda, quien paga, imputar lo pagado sin consentimiento del acreedor al capital con preferencia a los intereses (art. 1.256); el acreedor encuentra también un límite en la facultad de oposición del deudor, el cual la pierde cuando al aceptar el recibo acepte también la imputación hecha por el otro (art. 1.257) (1).

e) *Época del cumplimiento.*—Elemento muy importante de la doctrina del cumplimiento es la determinación de la época en que la prestación debe cumplirse. Este momento varía según la naturaleza de la obligación, la voluntad de las partes, los preceptos que en defecto de esta voluntad dicte la ley. Puede, en efecto, ser fijado preventivamente por las partes o por la ley un término y puede, dicho término, faltar en absoluto; cuando se hubiere fijado, puede establecerse en favor del deudor, del acreedor o de ambos. En cada uno de estos casos la solución es diversa y diversos los criterios para decidirse cuando hay mora en el *solvere* o en el *accipere*.

Ante todo, hay que distinguir por la distinta función que realiza y diversas consecuencias que origina, el *término esencial* del *no esencial*.

El primero es una determinación del tiempo en las obligaciones, tal, que imprime a la prestación misma su función satisfactoria del interés del acreedor; la prestación es prevista y querida en un determinado momento transcurrido, el cual, o no puede ejecutarse la prestación o aunque se ejecutara no reportaría utilidad alguna al acreedor, ni satisfaría, siquiera parcialmente, su interés (así por ejemplo: si el cochero que debe conducirme a la estación, se presenta después de la hora convenida, o el cantante contratado por el empresario, se presenta después de la

(1) Los preceptos referentes a la imputación de pagos aplicables, aunque se trate de prestaciones no pecuniarias (contrariamente Caradonne, en *Riv. dir. comm.*, 1920, II, páginas 565 y siguientes), rigen en cuanto no intervenga una norma distinta y especial para determinadas relaciones obligatorias. Así, por ejemplo, en materia de sociedades rigen las normas de los artículos 1.712 del Código civil, y en materia de impuestos las del art. 54 del Reglamento de 10 de Julio de 1902, núm. 296, sobre percepción de impuestos directos.

hora fijada para la función). La prestación y el término se identifican y la mora determinará el incumplimiento y consiguientemente la responsabilidad del deudor por el total resarcimiento del daño. En cambio, cuando el término no es esencial, un cumplimiento tardío es siempre posible salvo, naturalmente, el más limitado resarcimiento del daño derivado de la mora.

Cuando ni en el título ni en la norma jurídica se fije el momento de la prestación, el principio general es que deba ejecutarse esta inmediatamente: *quod sine se debetur statim debetur* (art. 1.173); el acreedor puede exigir la prestación inmediatamente y si al demandar el cumplimiento, el deudor no realiza la prestación, incurre en mora. Es, sin embargo, evidente que la prestación no puede exigirse sino transcurrido el tiempo que según las circunstancias es necesario para el cumplimiento; este tiempo varía según el fin de la obligación (ejemplo: un mutuo, un comodato) o la naturaleza de la prestación (por ejemplo: ejecución de una obra), el modo como debe cumplirse (ejemplo: suministro de mercancías por entregas sucesivas) o el lugar convenido para la ejecución. En tales casos, el término será fijado por el Juez, atendiendo a las especiales circunstancias que concurren, y al Juez corresponde también determinarlo cuando su fijación se hubiere confiado a la voluntad del deudor (art. 1.173).

Fijado el término, si éste se da en favor del deudor, no puede dirigirse el acreedor contra éste antes que el término venza, pero el deudor puede cumplir su obligación antes del vencimiento del término, y si el acreedor rehusa la prestación, incurre en mora; si el término se fija en favor del acreedor, puede éste exigir el cumplimiento de la obligación antes del vencimiento, pero el deudor no puede forzarle a que acepte la prestación antes de dicho vencimiento; si el término fué fijado en favor de ambos, ni el uno puede exigir, ni el otro prestar antes del vencimiento.

En los casos dudosos para indagar en favor de quién se fija el término, habrá que atenderse a las declaraciones de voluntad contenidas en el título o a la naturaleza y especiales circunstancias de la obligación; la declaración del artículo 1.175, por la cual el término se presume siempre fijado en favor del deudor, es una

presunción que tiene su razón de ser en el principio de la limitación mínima del deudor; tal presunción puede ser destruída en virtud de prueba contraria, de la que resulta que el término se fijó en favor del acreedor o de entrambos (1).

El deudor puede renunciar al término fijado en su favor y puede, también, perder el beneficio del término; no puede, en cambio, solicitar del Juez dilaciones o prórrogas. Renuncia al término el deudor que conscientemente cumple su obligación antes del vencimiento; nuestro Código ha ido muy adelante en este respecto al declarar que aún cuando el pago se realice anticipadamente por ignorancia de la existencia del término, no podrá el deudor repetir lo que ha pagado (art. 1.174). Es cuestionable, en cambio, si cuando se realiza anticipadamente la prestación, puede el deudor retener o repetir el *interusurium*, es decir, la diferencia entre el valor de la prestación cumplida el día del vencimiento y el mayor valor que dicha prestación representa, si se hiciere anticipadamente (descuento) (2). En nuestra opinión, la duda debe resolverse negando tal facultad de deducción o repetición a quien paga anticipadamente, conociendo la existencia del término (3) y concediéndola, en cambio, a quien hubiere pa-

(1) Sobre la aplicabilidad del art. 1.175 a las obligaciones con premio y a los mutuos fructíferos en general, véase Sraffa, *Il rimborso anticipato delle obbligazioni* (*Femi, Ven.*, 1899, páginas 289 y siguientes); Bruschettini, *Sul rimborso anticipato di obbligo* (*Giur. it.*, 1899, IV, páginas 171 y siguientes); Pipia, *L'anticipato rimb. delle obblig. a premio* (*Filang.*, 1899, páginas 661, 750 y siguientes).

(2) Sobre el concepto del *interusurium* y sobre el método matemático para calcularlo, son interesantes los antiguos escritos de Leibnitz, *Meditatio iuridico-mathematica de interusurio*, 1683, y de Hoffmann, *Vom Interusurium*, 1731, y los más recientes de Oettinger, *Ueber die richtige Berechnungsweise des Interusuriums* (*Arch. f. civ. Pr.*, XXIX, 1846, páginas 33 y siguientes), y de Keil, *Das interusurium*, 1854. Para una exposición resumida y crítica, véase Brunetti, *Sui vari sistemi per calcolare lo sconto* (en *Scritti giur. varii*, I, páginas 46 y siguientes, Turín, 1915).

(3) A no ser que no lo consienta el acreedor, el cual puede oponerse a la deducción rechazando el pago anticipado, aunque el término se hubiere fijado en favor del deudor; la negativa a la aceptación no constituiría en mora al acreedor.

gado por error (1). Pierde el deudor el beneficio del término si resulta insolvente, o por hecho propio, disminuye las garantías ofrecidas al acreedor o no constituye las que hubiere prometido (art. 1.176), consecuencia ésta natural del principio fundamental, según el cual, el favor del término concedido al deudor no debe perjudicar los derechos del acreedor, exponiéndolo al peligro de ver, mientras espera, la satisfacción de su crédito, mermao o insuficiente para pagarlo el patrimonio del deudor (2). El Juez no puede tampoco otorgar prórrogas o dilaciones al deudor; la facultad que muchas legislaciones antiguas (y aún hoy, en parte la francesa, Código civil, art. 1.244), concedían al Juez para otorgar moratorias o términos de gracia, se suprimió en nuestro sistema (Código civil, art. 1.173; Código de comercio, art. 290) que faculta al Juez para *fixar* un término; cuando no lo hubiere, o cuando su determinación se hubiere confiado al arbitrio del deudor, pero no para prorrogar el término fijado (3).

(1) La ignorancia del término no puede interpretarse como renuncia al mismo y no encuentra justificación el mayor valor con que se ha enriquecido el acreedor.

(2) Véase: Polacco, *Cenni sugli effetti della decadenza del termine disposto dall' art. 1.176 C. c.*, (*Riv. dir. comm.*, 11915, I páginas 93 y siguientes; *Obbli.*, 2.^a edic., páginas 304 y siguientes; Bolaffio, *L'art. 1.176 Codice c. nelle sue attinenze col dir. comm.* (*Mon. Trib.*, 1887, pág. 345); Norra, *ib.*, pág. 453.

(3) La institución de la moratoria que existía en nuestro Derecho mercantil (artículos 819 y siguientes) tenía carácter excepcional, y aunque se enlazaba históricamente con la antigua moratoria, difería de ésta en muchos aspectos. Actualmente ha sido suprimida porque habiéndose experimentado sus funestos resultados, se abolió y substituyó por la institución del concordato preventivo; por el art. 42 de Mayo de 1903, núm. 197 sobre el concordato preventivo y sobre pequeñas quiebras, quedaron derogados los artículos 819-829 del Código de Comercio. Solamente puede incluirse en tal concepto la facultad recouocida al Juez para otorgar una delación a quien fuere demandado por un contrato bilateral para su resolución en virtud de la condición resolutoria tácita del art. 1.165. Durante la guerra, para hacer frente a las dificultades en que se hallaban los deudores, incluso los más solventes, y para impedir desastres y crisis económicas, se dictaron numerosas disposiciones (los llamados decretos de moratoria) que aplazaron los pagos; un Real decreto de Agosto de 1914, núm. 760, redujo la obligación de los Bancos de

f) *Lugar del cumplimiento* (1).—Del mismo modo que el tiempo, tiene importancia el lugar donde la prestación debe cumplirse y ello por razón del distinto valor económico que la prestación tiene, según se efectúe en uno u otro lugar o también por los efectos que la determinación de éste pueda producir en materia procesal (Código preliminar civil, arts. 91, 905).

También su determinación depende de la voluntad de las partes o de las disposiciones legales o de la naturaleza de la relación. Preferentemente decisiva es la intención de las partes (art. 1.249); si éstas fijaron por modo expreso un determinado lugar en éste, deberá cumplir el deudor la prestación y el acreedor recibirla. En defecto de esta determinación decidirá el carácter de la prestación por lo menos en aquellas prestaciones que no son concebibles fuera de un determinado lugar (por ejemplo, arrendamiento de obra de un artista teatral, obligación de conservar una carretera, etc.). En los demás casos de silencio de las partes, la regla general es que el pago se efectúe en el

reembolsar inmediatamente los depósitos y prorrogó el vencimiento de las letras de cambio; análogamente ampliando los términos y categorías de deudas, los Reales decretos de 16 de Agosto de 1914, núm. 821, 27 de Septiembre de 1914, núm. 1.303, de 24 de Noviembre de 1914, número 1.283, 20 de Diciembre de 1914, núm. 1.373, 28 de Marzo de 1915, número 316, etc., regularon minuciosamente la medida de los reembolsos, la obligación de los deudores cambiarios, el pago de intereses, las operaciones de reporte y a término sobre títulos y valores comerciales, la ejecución forzosa en Bolsa por dichas operaciones, etc. Una disposición más general fué la dada con el Decreto-ley de 27 de Mayo de 1915, número 739 y 25 de Julio de 1915, núm. 1.143, por la cual fué concedida a los comerciantes y sociedades mercantiles que justificasen mediante documentos o garantías suficientes el no haber podido pagar sus deudas por causas derivadas y de la guerra, y acreditarasen poseer un patrimonio activo, la facultad de obtener del Tribunal una dilación total o parcial que podía extenderse hasta sesenta días después de la firma de la paz, con la obligación, sin embargo, de pagar los intereses correspondientes según la tasa legal. Tales disposiciones han cesado en su vigencia.

(1) Ved Reatz, *Die Lehre vom Erfüllungsort*, 1882; Schulin, *Zur Lehre vom Erfüllungsort, und vom Gerichtstand der Oblig. nach rom. Recht*, 1879; Massol, *Du Lieu au payement, en dr. r. et en dr. fr.*, París, 1883; Leoni, *Solutionis locus* (en *St. per Schupfer*).

domicilio del deudor (art. 1.249). Se sobreentiende el domicilio actual, no aquel que el deudor tenía al tiempo de surgir la obligación. Sin embargo, como excepción de esta norma, se establece que cuando la obligación tenga por objeto una cosa cierta y determinada, el pago deberá hacerse en el lugar en donde estaba la cosa al tiempo de generarse el vínculo (art. 1.249); aplicaciones de este precepto son los artículos 1.468 y 1.508, respectivamente, a la venta, y el art. 1.859 referente al depósito; semejantemente, en orden al mutuo, el lugar de pago es aquel en donde se hizo el préstamo (art. 1.828). En las letras de cambio el lugar de pago es la residencia del librado en los vales cambiarios el lugar de la emisión (art. 253 del Código de Comercio) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Elemento subjetivo A) Quienes pueden pagar.* En primer término puede pagar el deudor, y en su nombre su derecho habiente, apoderado o representante legal (marido, padre, madre, tutor). Puede pagar también cualquiera persona interesada en el cumplimiento de la obligación (fiador codeudor) o no interesada con conocimiento o aprobación del deudor o ignorándolo éste u oponiéndose (art. 1.158 del Código civil).

El art. 1.161 sienta una excepción: «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación.»

El pago hecho por un tercero extingue la deuda: genera una acción de reembolso en favor del *solvens*. Este puede reclamar del deudor lo pagado salvo si se hubiere hecho el pago contra la expresa voluntad del deudor, en cuyo caso sólo puede repetir de éste aquéllo en que le hubiese sido útil el pago. La razón de ello es que, como observa Castán, el deudor primitivo podía tener alguna excepción que le librara del pago. Otro efecto del pago hecho por el tercero es el de subrogarse éste en ciertos casos en el lugar del acreedor satisfecho. La subrogación, según el art. 1.212, «transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas». La subrogación implica un cambio de acreedor y éste no puede efectuarse sin la aprobación del deudor, el cual puede tener interés en que el acreedor primitivo no cambie. El art. 1.210 establece que la subrogación sólo se presume cuando el tercero paga con aprobación expresa o tácita del deudor, y el 1.159 preceptúa que el que paga por otro ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor o subrogarle en sus derechos.

Capacidad para efectuar el pago. Para que el pago sea válido se requiere que el *solvens* tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Si el pago consistiere en una cantidad de dinero o en cosa fungible no se podrá repetir contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe.

Personas que pueden cobrar (véase el art. 1.162 del Código civil).—

§ 75.—*Incumplimiento*

Brugi, *Inst.*, § 70; Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 424, 549; Chironi, *Ist.*, II, §§ 274-281; Polacco, *Obblig.*, 80-123; Crome, *Obblig.*, §§ 12, 15, 17, 18; Zachariae, *Man.*, II §§ 287-302; Aubry y Rau, *Cours*, IV, §§ 308, 322, 331; Planiol, *Traité*, II, números 221 y siguientes; Windscheid, *Land.*, II, 1, §§ 263-272, 276-281, 283, 284.

Cuando la obligación queda incumplida total o parcialmente es esencial para determinar las consecuencias de orden jurídico tener en cuenta la causa que dió lugar al incumplimiento, pues

Cuando es válido el pago hecho a un tercero (artículos 1.164, 1.163, apartado 2.º).

Capacidad para realizar el cobro (artículos 1.163, 1.165).

Condiciones del pago. Identidad de la prestación, a) Obligaciones específicas (art. 1.166). b) Obligaciones genéricas (art. 1.167).

Integridad (art. 1.157). Indivisibilidad; cuando es admisible el pago por partes (art. 1.169). *Tiempo.* Cuando la obligación es pura, debe cumplirse, desde luego (art. 1.113), cuando es condicional en el momento de cumplirse la condición (art. 1.114) y si es a plazo cuando el día llegue (artículo 1.125).

Lugar (art. 1.171). *Gastos del pago* (art. 1.168).

Formas de pago. La imputación; cómo ha de hacerse (artículos 1.172, ap. 1.º; 1.172, ap. 2.º; artículos 1.173 y 1.174, ap. 1.º y 1.174, ap. 2.º).

Oferta de pago y consignación. No necesitan definición. *Casos de consignación* (art. 1.176). *Requisitos para su validez.* Ha de preceder el ofrecimiento de pago a la consignación en el caso de que dicha oferta de pago sea desechada por el acreedor (art. 1.176), anuncio de la consignación a los interesados (art. 1.177, ap. 1.º); subordinación de la consignación a las normas del pago (art. 1.177, ap. 2.º).

Forma de realizar la consignación (art. 1.178) *Gastos de consignación* (art. 1.179).

Efectos que produce (artículos 1.176 y 1.180, ap. 1.º). Efectos de la retirada de la consignación por exclusiva voluntad del deudor o con el consentimiento del acreedor (artículos 1.180, ap. 2.º y 1.181).

Pago por cesión de bienes. Requisito de la cesión judicial de bienes (ley de Enjuiciamiento civil, art. 1.139). Idem de la cesión contractual (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1912). Sus efectos: Liberación de responsabilidad (art. 1.175); facultades que transmite (Sentencia de 11 de Mayo de 1912).

Adjudicación o dación en pago. Más que como forma de pago, Aubry y Rau, y el § 365 del Código civil alemán, la consideran como una *novación por cambio de objeto*. Las diferencias existentes entre la adjudicación y la cesión son, según Castán, las siguientes:

a) La adjudicación consiste en la transmisión de la propiedad de una cosa, mientras que la cesión atribuye al cesionario la facultad de proceder a su venta y hacerse pago con el importe.

b) La adjudicación en pago extingue totalmente la obligación, mientras que la cesión de bienes sólo libera al deudor de responsabilidad en la cuantía de los bienes cedidos.

si bien por incumplimiento se quiere significar generalmente el que es imputable al deudor, el concepto más amplio del mismo abarca todo caso de inejecución. Y así como hay causas de incumplimiento imputables al deudor y causas que son ajenas a su voluntad, hay causas que determinan la inmediata extinción de la relación obligatoria y causas que transforman ésta substituyendo el objeto originario de la prestación por la indemnización de daños y perjuicios o añadiendo ésta a aquél, según se trate de incumplimiento total o parcial (1).

Dos hipótesis se ofrecen al incumplimiento en su acepción amplia. Puede la prestación no realizarse y ser ya imposible su realización, con imposibilidad absoluta, como, por ejemplo, ocurre cuando la cosa que debía entregarse haya sido destruída, o con imposibilidad relativa cuando el cumplimiento retardado de la prestación no beneficiara nada al acreedor, como sucedería en el caso de prestación de la obra de un artista, convenida para una determinada circunstancia; en ambos casos hay imposibilidad definitiva, no meramente transitoria. Puede contrariamente no haberse imposibilitado la prestación, sino retrasar su cumplimiento (mora), pudiendo derivar tal retraso del deudor que presta (*mora solvendi*) o del acreedor que ha de recibir la prestación (*mora accipiendi*). Este segundo fenómeno es más bien un incumplimiento temporal, y cuando concurren las circunstancias que determinan éste, no puede hablarse del primero, que presupone la sobrevenida imposibilidad de la prestación, Cuando surge, en cambio, el primero, no podrá hablarse de mora (2).

(1) Sobre las deficiencias de nuestra legislación, relativamente a los medios coactivos para obtener el cumplimiento específico de la obligación por el deudor (Cfr., artículos 1.220, 1.221 para las obligaciones de hacer y de no hacer). Véase Sarfatti, *Per una maggiore tutela delle obbligazioni di fare e di non fare* (*Studi per Chironi*, I, páginas 481 y siguientes).

(2) En algunas obligaciones, la mora no es ni siquiera concebible en cuanto no se da la posibilidad de un retardo, porque la relación no admite más que una sola infracción: el incumplimiento. Así en las obligaciones de no hacer, en las que el cumplimiento consiste en no realizar el acto prohibido y el realizarlo, implica incumplimiento y la consiguien-

A ambas hipótesis corresponden las dos distintas doctrinas del incumplimiento y de la mora. Y así como esta última se subdivide a su vez en teoría de la mora del deudor y teoría de la mora del acreedor; la del incumplimiento se divide también en doctrina del incumplimiento culpable que genera la obligación de resarcir el daño y doctrina del incumplimiento sin culpa que extingue la obligación. A su vez el incumplimiento imputable al deudor puede reconocer por causa el dolo o la culpa de aquél, siendo en uno y otro caso diversas las consecuencias en orden a su responsabilidad. De este modo las doctrinas relativas a la mora y a la imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación se entrelazan y completan, recíprocamente, coinciden en sus causas porque la causa extraña a la voluntad del deudor lo exonera tanto de las consecuencias del incumplimiento cuanto de aquellas otras de la mora, y en cambio es común a ambas la causa imputable al deudor. Coinciden también en cuanto a sus efectos que son en uno y otro caso la obligación de resarcir el daño; difiere, sin embargo, la aplicación particular de los principios que rigen la culpa y el resarcimiento. Examinando por separado ambas doctrinas, deben servir de supuestos precisos a su mejor inteligencia las nociones antes expuestas sobre los conceptos de cumplimiento íntegro y de resarcimiento de daños (1).

te imposibilidad de cumplir la obligación, porque el hacer no puede reducirse a un no-hacer. Por esto el art. 1.121 declara, respecto a ellas, que el deudor que las contraviene está obligado sin más a resarcir el daño por el simple hecho de la infracción, y es una consecuencia ulterior de ésta que no excluye la obligación de resarcir, la facultad concedida al acreedor de exigir que se destruya lo hecho, infringiendo la obligación o de ser autorizado a destruirlo a expensas del deudor (art. 1.222). En otros casos, en cambio, la mora se convierte sin más en incumplimiento definitivo, porque si la prestación es convenida para una determinada circunstancia, que pasa a ser momento esencial de la relación, el derecho del acreedor no resultaría satisfecho por la prestación realizada con posterioridad a aquella circunstancia. La prestación posible abstractamente se ha convertido en concretamente imposible.

(1) Toda la materia de la sobrevenida imposibilidad de la prestación en sus varias causas imputables y no imputables y en sus efectos ha sido objeto de nuevo y agudo análisis por Osti, *Revisione critica della teoria*

1. *Incumplimiento o imposibilidad de la prestación.*—Cuando el incumplimiento reconoce por causa la imposibilidad de la prestación (1), la obligación se extingue o se perpetúa transformada en otra encaminada a obtener el *id quod interest*, según que la causa de la imposibilidad (2) derive o no de la voluntad del deudor. Las causas que no dependen de la voluntad del deudor se resumen todas en el concepto del *caso fortuito*; las que dependen de aquélla y son, por tanto, imputables al deudor y determinan la responsabilidad de los daños, adquieren una eficacia y una importancia distintas, según que su supuesto sea la voluntad consciente de no cumplir la obligación (*dolo*) o solamente falta de la necesaria diligencia (*culpa*). La descendente

sulla impossibilitá della prestazione (Riv. dir. civ., X, 1918, páginas 209, 313-417 y siguientes), y por Giovene, *Sulla impossibilitá della prestazione* (Riv. dir. comm., 1919, I, 302, 402, 579 y siguientes). Véase también nel mismo Giovene, *Ancora sull' impossibilitá della prestazione* (Riv. dir. civ., XI, 1919, páginas 342 y siguientes con réplica de Osti (ib., pág. 352); Segré, *Sulla teoria della impossibilitá della prestazione* (Riv. dir. comm., 1919, I, páginas 760 y siguientes).

(1) De lo tratado aquí se excluye la imposibilidad originaria de la prestación, porque ésta, como ya vimos oportunamente (§ 70) constituye un obstáculo al nacimiento de la obligación misma.

(2) También es indiferente la especie de imposibilidad con tal que ésta sea absoluta y permanente, no transitoria y pasajera, es decir, no eliminable. Puede ser la imposibilidad *objetiva*, o sea que afecte a la prestación en sí misma (la cual no puede darse en la obligación genérica) o *subjetiva* si se refiere a las condiciones personales del deudor o del acreedor, de modo que de no darse estas circunstancias personales, la prestación sería posible. Si es objetiva, la imposibilidad puede ser *naturalo física*, cuando, por ejemplo, la cosa debida queda destruída o puede ser jurídica cuando la cosa queda extra-comercio. Si es subjetiva puede afectar a las condiciones personales del deudor cuando, por ejemplo, éste pierde la capacidad de enajenar o la aptitud física para realizar la prestación o puede también afectar a la relación concreta entre deudor y acreedor, como cuando la utilidad de la prestación desaparezca al variar la relación que es su supuesto. Puede ser finalmente *total* o *parcial* cuando la prestación por partes no altere el contenido de la obligación. Cada una de estas clases de imposibilidad puede venir determinada por caso fortuito, dolo, culpa y a cada una de ellas se aplicaran los principios expuestos en el texto en el cual se prescinde de esta particularidad.

graduación de la responsabilidad arranca de un máximo que consiste en el incumplimiento doloso consistente en la infracción voluntaria de la relación obligatoria y que disminuye cuando al deudor no sea imputable más que la mera negligencia para extinguirse en un punto en que la causa extraña excluye toda imputabilidad del sujeto.

a) *Dolo*.—Hay dolo en el incumplimiento siempre que el deudor, voluntaria y conscientemente, quebrante la obligación contraída, no cumpliéndola. Es este elemento intencional de la voluntariedad y el de la consciencia, lo que diferencia el incumplimiento doloso y el culposo; es el propósito, la intención de causar perjuicio al acreedor, lo que constituye la esencia de la conducta dolosa. Cuando concorra—como sucede con frecuencia—el propósito de obtener provecho para sí, el primer momento es el verdaderamente decisivo mientras que el segundo es solamente el motivo de la conducta dolosa; la existencia del primero se acredita sin necesidad de averiguar todo el proceso interno y los motivos remotos, en el acto mismo del incumplimiento, en cuanto que éste revela en el deudor una voluntad contraria a la que implica la obligación asumida.

La responsabilidad que deriva del incumplimiento doloso es la más amplia, y la razón se comprende fácilmente. El que maliciosamente contraviene la obligación asumida no puede equipararse a quien no la cumple por falta o defecto de negligencia.

El deudor está obligado a indemnizar todos los perjuicios, aun los no previstos e imprevisibles que el incumplimiento produce en el patrimonio del acreedor; en cambio, en el incumplimiento culposo la responsabilidad se limita a los daños previstos o previsibles (art. 1.228). Sin embargo, de conformidad con el principio general antes recordado, que excluye la responsabilidad por los daños indirectos que derivan del incumplimiento (que se admite, en cambio, en los que emanan de acto ilícito), los únicos daños resarcibles son los que, ya como daño emergente, ya como lucro cesante, constituyen o son consecuencia inmediata del incumplimiento (art. 1.229) (1). Sustraerse a esta

(1) Mandrioli, *Le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento doloso* (*Riv. dir. comm.*, 1921, I, páginas 34 y siguientes).

responsabilidad no es jurídicamente posible mediante una previa renuncia a hacerla valer en su caso y esto constituye una importante diferencia de la responsabilidad por incumplimiento culposo: el pacto de *dolo non praestando*, hoy, como en el Derecho romano (1), es nulo y también lo es el pacto que autoriza a obrar contra las leyes de la honradez o los principios de la buena fe que rigen las obligaciones por atentar incluso a la existencia jurídica del vínculo obligatorio (art. 1.224).

b) *Culpa*.—Cuando aquel elemento de la intención manifiesta que es característico del comportamiento doloso falta en el acto humano productor del daño sin que esté ausente el elemento voluntario en el agente, se tiene la culpa (2); ésta presupone la voluntariedad del acto, del que derivan consecuencias dañosas e implica una imputabilidad en el agente por no haber sabido prever y evitar los efectos dañosos del acto (3). Es, pues, culpa en su acepción técnica (que en sentido amplio comprende toda infracción legal y toda lesión del derecho ajeno y, por tanto, comprendería también el dolo) una conducta ilícita por falta de diligencia, por imprudencia, por incuria, una negligencia más o menos grave que produce un perjuicio y que hace, consiguientemente responsable a aquel a quien el acto es imputable.

(1) Ulpiano, fr. 1., § 7 E. 16, 3: *Illud non probabis dolum non esse praestandum si convenerit: nam hoc conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est ideo nec sequenda est*, cfr. 27, § 314, D. 214.

(2) La teoría de la culpa se ramifica en varios tratados: uno que tiene lugar aquí al hablar del incumplimiento de la obligación y el otro al hablar de los delitos y cuasi-delitos. Corresponden a ellos las dos figuras de culpa contractual y de culpa extra-contractual, pero para guardar la debida unidad expositiva, hablaremos de ambas. Bibliografía sobre la materia: Hasse, *Die culpa des röm. Rechts*, Bonn, 1838; Fromageot, *De la faute comme source de la responsabilité en dr. privé*, 1891; Mosca, *Nuovi studi o nuove dottrine sulla colpa*, Roma, 1896; Bianchedi, *Contr. alla teorica della colpa* (*Arch. Giur.*, LXXX, 1908); Cogliolo, *La teoria della colpa* (en *Scritti di dir. priv.*, II, páginas 125 y siguientes). Véase también sobre el concepto del incumplimiento culposo, Osti, *Revisione critica della teorica sulla impossibilità della prestazione* (*Riv. dir. civ.*, X, 1918; páginas 417 y siguientes).

(3) Paulo, fr. 31. D. 9. 2: *Culpam autem esse quod cum a diligente provideri poteri non esset provisum*.

Ahora bien, esta conducta puede ofrecer aspectos y producir efectos muy diversos según el modo, la intensidad, la relación en que se da la negligencia, y resultan, por tanto, en este triple aspecto, tipos distintos de culpa.

2) Por el *modo* puede la culpa consistir en un acto positivo en el caso de haberse hecho algo que se estaba obligado a no hacer (*culpa in faciendo*), o en una omisión cuando no se hubiere hecho algo que se estaba obligado a hacer (*culpa in non faciendo*).

β) Por la *intensidad* puede variar la negligencia, según los casos, y partiendo de un mínimo apenas imputable, el más experimentado y prudente de los hombres llega a un máximo que linda con él sólo y que se equipara a él (1), representando la con-

(1) Suele expresarse esto diciendo que la culpa lata correspondiente a la negligencia grave se equipara al dolo, y son numerosos los textos romanos que expresan tal equiparación: fr. 29, pr. D. 17, 1: *dissoluta cuius negligentia prope dolum est*; fr. 7, § 1, D. 26, 10: *lata negligentia quia iste prope fraudem accessit*; fr. 1, D. 11, 6.: *lata culpa plane dolo comparabitur*; fr. 1, § 2, D. 47, 4: *culpa dolo proxima dolum repraesentat*; fr. 35, D. 16, 3: *Latiorem culpam dolum esse*; fr. 226, D. 50, 16: *magna culpa dolum est*. Sobre esta norma véase Burckardt, *Sinn und Umfang der Gleichstellung vom dolus und lata culpa*, Göttingen, 1885; Kuhlenbeck, *Culpa lata dolum est* (en *Rechtsspr. d. Reichsgerichts*, páginas 220 y siguientes) y los escritos de mi llorado amigo, trágicamente desaparecido a consecuencia de la catástrofe de Messina, A. De Medio, *Studi sulla culpa lata in dir. rom.* (*Bull. ist. dir. rom.*, XVII, páginas 5 y siguientes, XVIII, páginas 260 y siguientes), *Valore e portata della regola: magna culpa dolum est* (*St. per Fadda*, II, páginas 223 y siguientes), quien se esforzó en demostrar que fué debida a los compiladores justinianos por lo menos la generalización del principio, el cual en el Derecho clásico tuvo, según él, un alcance particular y limitado siempre a la culpa contractual. Estrictamente enlazado con este punto, aparece el otro, si por ser nulo el pacto *dolo non praestando*, debe declararse nulo también el pacto de *culpa lata non praestande*; tal cuestión, que los más resuelven para el Derecho romano y el civil en sentido afirmativo débese, en nuestra opinión, resolver en el sentido de la licitud de semejante pacto. Véase Scialoja, *Obblig.* (Lecciones, 1898-99, páginas 342 y siguientes); De Medio, *Sulla validità del patto di non praestare la colpa grave* (*Foro it.*, 1906, pág. 25); Chironi, *Colpa contrattuale*, núm. 296 (2.^a ed.), contra Polacco, *Obblig.*, pág. 471; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 464 y con ellos la mayoría de los autores.

ducta del hombre menos experimentado y diligente. Frente a esta infinita variedad de grado de negligencia surgió ya entre los romanos la necesidad de fijar algunos tipos determinados de diligencia para medir diversamente la responsabilidad del agente (1), y estos tipos fueron tres originariamente, si bien aumentaron luego en las escuelas romanísticas y de derecho común a cuatro, por haberse añadido como resultado de una errónea interpretación de los textos un mínimo grado de negligencia que correspondía a la llamada culpa levísima. Para determinar la prudencia y diligencia que debe exigirse de todo hombre en sus actos, se puede partir, en efecto, de un tipo medio y abstracto que corresponde al hombre normal y ordenado, y éste es el tipo clásico del *bonus paterfamilias* (2) que representa el hombre de diligencia media. Quien no emplea una tal diligencia, incurre en culpa, y la culpa que se relaciona con un tipo abstracto es la culpa llamada leve (*culpa levis*). Más allá de esta medida media, es concebible una negligencia que supere este mínimo de diligencia que observan los hombres que no llegan a tener la diligencia media: es la negligencia extraordinariamente grave, la incuria mayor (*nimia, magna negligentia*) (3) que corresponde a un grado más elevado de culpa (*culpa lata*). No se admite, en

(1) Hay autores que sostienen que la culpa es un concepto no graduable y que, como en el dolo, el tipo es siempre único; pero prescindiendo de las necesidades prácticas, que imponen una gradación en la responsabilidad, nada parece oponerse conceptualmente a la gradación de la culpa.

(2) Contra esta tradicional figura se ha revelado el Código alemán que la abandonó por demasiado indeterminada e imperfecta, substituyéndola por la fórmula «diligencia exigida en las relaciones ordinarias». Tal abandono no parece feliz ni útil. Véase Fadda, *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa* (*Atti R. Acc. di Sc. di Napoli*, XXXII, 1901, páginas 143 y siguientes), y sobre la fórmula alemana Wendt, *Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXXXVII, 1897, páginas 422 y siguientes). Sobre las numerosas y fáciles aplicaciones prácticas de la tradicional figura del hombre diligente medio, especialmente en el campo del Derecho mercantil, véase Cogliolo, en *Scritti vari*, I, páginas 197-411 y siguientes, II, páginas 149 y siguientes.

(3) Ulpiano, fr. 213. § 2. D. 50. 16. *Lata culpa et nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*, cfr., 223. [pr. D. eod.

cambio, más acá, un grado inferior, porque no interesa medir la culpa de intensidad media a base de otros tipos abstractos de hombres especialmente diligentes. Sin embargo, y a causa de algunos textos en que se habla de una *levissima culpa* (1) y de un *diligentissimus paterfamilias* (2), los glosadores, y tras ellos todos los juristas (3), respondiendo a su afán de simetría lógica, añadieron un tercer grado que consistía en la mínima negligencia, imputable a quien no hubiere empleado la diligencia máxima, que es propia tan sólo de los hombres singularmente expertos y previsores (*culpa levissima*). Correspondientemente a esta triple graduación de la culpa, idearon una tripartición de las relaciones obligatorias, basada en la utilidad que obtiene el acreedor solamente, o tan sólo el deudor o ambas partes, encerrándola en una fórmula general, pero errónea (porque no es adecuadamente aplicable a todos los casos particulares), y afirmando que en la culpa contractual el deudor debe responder de la *culpa lata* en aquellas relaciones en que el interés único es del acreedor, de la *levissima* en aquellas otras en que el deudor es el único interesado, y de la *leve* en aquellas en que aparecen interesadas ambas partes.

Al lado de estos grados de culpa en abstracto, habrá que situar un tipo diverso de negligencia que no se subordina a aquellos, sino que responde a un criterio totalmente distinto y es independiente de la anterior clasificación y no susceptible de graduación alguna. Es esta la llamada *culpa in concreto* (4) que no se mide por referencia al tipo abstracto del hombre diligente,

(1) Fr. 44, D. 9. 2. *In lege Aquilia et levissime culpa venit.*

(2) Fr. 18. pr. D. 13. 6: *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet.*

(3) Véanse Polacco, *La culpa in concreto nel vigente dir. it.*, Padova, 1894; Perozzi, *La culpa in concreto* (*Tem. Ven.*, 1896, páginas 477 y siguientes); Nutzenbecher, *Beiträge zur Lehre von der culpa in concreto*, Berlín, 1896; Sertorio, *La culpa in concreto nel dir. rom. e nel dir. odierno*, Torino, 1914.

(4) Ved, por ejemplo, fr. 25, § 16, D. 10. 2. *talem igitur (coleres) diligentiam praestare debet qualem in suis rebus*, fr. 72. D. 17. 2. *Sufficit etenim (socius) talem diligentiam communibus rebus adhibere qualem suis rebus adhibere solet*; fr. 18 pr. D. 13, 6. fr. 17 pr. D. 23. 2.

sino que toma en consideración la diligencia que tal persona determinada suele emplear en sus propias cosas (*diligentiam quam in suis rebus adhibere solet*) (1) y genera la responsabilidad siempre que la persona no haya, en su relación con las otras, usado de aquel cuidado y diligencia que se suele emplear en los asuntos propios. En abstracto, no es susceptible de gradación, pero intrínsecamente es variable y su intensidad resulta determinada en cada caso por la persona obligada, que puede ser hombre de diligencia máxima, mínima o media. De donde se deduce que la *culpa in concreto* no significa una alienación de la culpa ordinaria y de la consiguiente responsabilidad como sostienen algunos autores; la *culpa in concreto* puede dar lugar a una responsabilidad mayor que la derivada de la *culpa levis* si la diligencia del obligado es en los asuntos propios mayor que la diligencia del *bonus pater familias* (2).

No es tampoco una agravación de la responsabilidad por negligencia ni un grado especial de la responsabilidad que deriva de la *custodia* que en determinadas relaciones (por ejemplo: Comodato, arts. 1.809, 1.810; depósito confiado a los posaderos, etcétera, arts. 1.866, 1.629), incumbe a la persona obligada; la *custodia* no es sino una forma de diligencia que se mide por las normas positivas dictadas en cada caso en relación con la culpa en abstracto o con la culpa en concreto (3).

(1) En este sentido debe interpretarse el art. 1.224, en el que la excepción establecida en el caso de depósito (art. 1.843) no significa atenuación de la responsabilidad del depositario, sino determinación de la misma por un criterio diverso del que rige en la culpa abstracta. Véase Polacco, *Obbli.*, § 105; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 462. Lo tratado en el texto es objeto de discusión, incluso en el Derecho romano, pero aquí hay que decir también que la *c. in concreto* se presenta más bien como una minoración de la culpa ordinaria. Véase Windscheid, *Pand.* II, 1, § 265, n. 13; Ferrini, *Pand.*, pág. 578, n. 7; Scialoja, *Obbli.*, páginas 396, 397.

(2) Sobre la doctrina de la *custodia*: Engelmann, *Die custodiae praestatio nach. röm. Recht*, Nördlingen, 1887; Lusignani, *La responsabilità per custodia*, Módena, 1902; Simoncelli, *Contributo alla teoria della custodia nel dir. civ. (Riv. it. p. le. Sc. giur., XIV, 1892, pág. 3)*, y además las obras citadas sobre la *c. in concreto*.

(3) No faltan, sin embargo, autores que lo discuten afirmando que

γ) Por la *relación* con la persona a la cual se debe prestar la diligencia, se distingue, finalmente, la culpa *contractual* de la *extra contractual*, llamada también *aquiliana* por la *lex aquilia* romana que reguló los perjuicios causados a cosas ajenas. Tal distinción importantísima (1) se funda en la existencia o inexistencia de una relación obligatoria entre la persona que causó el daño y aquella que lo sufrió. Ya que si preexiste un vínculo obligatorio y si la conducta ilícita y culpable consiste en la violación de tal vínculo, la culpa se llama *contractual*, impropriamente, porque parece excluir el incumplimiento de la obligación que no derive del contrato, siendo así que comprende todo caso de incumplimiento, cualquiera que sea el origen de la obligación (y, por tanto, también el caso en que esta obligación derive de cuasi-contrato de delito, de cuasi-delito, de la ley); cuando no hay obligación y la conducta ilícita constituye una violación de la norma general que prohíbe la lesión de la esfera jurídica ajena, la culpa se llama *extra contractual* (2). Una y otra obligan al *id quod interest* entre el autor y la víctima del daño; pero mientras el supuesto de la contractual es una relación obligatoria en la que el *id quod interest* se sustituye o se añade, en la aquiliana falta tal supuesto y el resarcimiento aparece como objeto primario y originario de la obligación. También hay diferencias profundas en cuanto a la medida del daño resarcible y a la forma y graduación de la culpa. En la culpa aquiliana no se puede hablar de culpa *in on faciendo*, porque entre personas no ligadas por un

la preexistencia de un contrato modifica la conducta que en general debe observar el contrayente, pero no crea una figura de culpa distinta de la que se origina fuera del contrato. Cogliolo, en *Scritti vari*, II, páginas 127 y siguientes; Cfr. Leone, *La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale* (*Riv. dir. civ.*, VII, páginas 84 y siguientes).

(1) Otra distinción es la de culpa civil y penal. Sobre su fundamento y en defensa de la diferenciación teórica y positiva, ved Meloni, *La colpa civile e la colpa penale*, Torino, 1920. Contra ella, Cogliolo, en *Scritti di dir. priv.*, II, pág. 127. Véase también Paladini, *Fattori della responsabilità civile e penale*, Milán, 1917.

(2) *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* (*Jahrb. f. d. Dogm.*, IV, 1861, páginas 1 y siguientes).

vínculo, no puede existir una obligación de hacer, por lo que toda lesión consistirá siempre en un acto positivo que constituirá precisamente una violación del *neminem laedere*. A ella no es aplicable la distinción de grados (grave, leve, levísima), ni tampoco la distinción de culpa en abstracto y en concreto: estas categorías tienen solamente importancia en orden a la culpa contractual, no a la aquiliana, en donde el mayor rigor establecido por la ley para declarar la responsabilidad plena e íntegra por todo acto culposo (arts. 1.751 y siguientes), incluso el más leve (*in lege aquilia et levisima culpa venit*), excluye la posibilidad de graduar la responsabilidad y más aún el tener en cuenta de la particular negligencia que el causante del daño suele tener en las cosas propias (*culpa in concreto*).

Una particular especie de culpa cuya construcción dogmática es debida a Ihering (1), es la de la *culpa in contrahendo*, que da lugar a vivas controversias sobre si es concebible como contractual o como aquiliana. Tal culpa se origina en el período de formación de los contratos, porque quien está ligado a otro por relaciones contractuales, despierta en la otra parte, y por este sólo hecho, la confianza en que la relación obligatoria no sea inválida por imposibilidad del objeto o por incapacidad del contratante o por otro motivo imputable a éste. Si ocurre que posteriormente por una de estas causas la relación obligatoria es anulada, la otra parte que confiaba fundadamente en la validez de aquella, puede hacer responsable del perjuicio a quien lo causó, por ser a éste imputable la culpa de no haber puesto mayor cuidado y diligencia en averiguar si por su capacidad personal, por la naturaleza de la prestación, etc., la obligación podía contraerse válidamente. La responsabilidad que en tal caso genera la culpa en el obligado, no es aquella normal que deriva del incumplimiento de la obligación; se limita solamente al interés que la otra parte hubiera tenido en no contraer una obligación que posteriormente había de resultar ineficaz; por tanto, al llamado *interés negativo* (*negatives vertrauensinteresse*), que se concreta a los perjuicios determinados por los dispendios y pérdidas que

(1) De esto hablamos ya.

causa el haber perdido la ocasión de celebrar otro contrato válido, etc.

Esta culpa que el mismo Ihering y muchos de sus partidarios consideran como contractual, puede ofrecerse y se ofrece en efecto frecuentemente como aquiliana, porque si bien se incurre en ella en el período de formación del contrato, constituye, en cambio, una violación del principio *neminem laedere* (1).

Dejando a un lado cuanto se refiere a la responsabilidad que deriva de culpa aquiliana, la contractual está regida en nuestro derecho por los siguientes principios que se deducen de una serie de normas positivas (arts. 1.224, 1.227, 1.228; 449, 970; 2.020; 1.843, 1.844; 1.144, 1.588, 1.630, 1.631, 1.676, 1.746, 1.810), de las cuales la fundamental es la del art. 1.224: «La diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de la obligación, ya tenga ésta por objeto la utilidad de una de las partes o de ambas, es siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso de depósito previsto en el art. 1.843. Esta norma se deberá aplicar con más o menos rigor, según los preceptos contenidos para ciertos casos de este Código»:

1) Queda desechada la antigua tripartición de la culpa en lata leve y levísima; el Código admite dos grados tan sólo: la culpa leve y la grave correspondientes a las dos figuras tradicionales de la *culpa levis* y de la *culpa lata* que se refieren al tipo abstracto. No autoriza a resucitar el grado de la llamada *levissima culpa* el precepto que impone al Juez la más rigurosa aplicación del artículo 1.224 en casos determinados, ya que la culpa se mide siempre por la diligencia media del hombre normal y sólo puede agravarse la responsabilidad cuando la ley lo consienta u ordene.

(1) Sobre la doctrina de Drexler, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen*, 1873; Marcusen, *Das negative vertragsinteresse im Obligationen recht* (*Zeitschr. d. bern. Juristenver.*, 1890; Meltinger, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen Verträgen*, Zürich, 1898; Coviello, *Della c. d. culpa in contrah.* (*Filang*, XXV, 1890, páginas 721 y siguientes); Polacco, *Obbligaz.*, páginas 503 y siguientes. Baudry-Lacantinerie, *Obblig.*, I, n. 362, Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas

2) Resulta también rechazado al graduar la culpa el antiguo principio inspirado en el concepto de la utilidad que una, otra o ambas partes obtengan de la obligación.

3) La medida normal de la diligencia exigida para el cumplimiento es la de un buen padre de familia; por regla general se responde, no sólo de la *culpa lata*, sino también de la *culpa levis*. Esta responsabilidad puede ser atenuada o agravada por el Juez en los casos en que expresamente resulte autorizado a ello por la ley. La atenuación o agravación no significa, sin embargo, que el Juez pueda arbitrariamente pasar del grado de la *culpa levis* al de la *culpa lata* o crear un grado de *culpa levissima*, tomando como tipo la máxima o mínima diligencia en abstracto; sólo puede partir del tipo medio de la diligencia ordinaria, y con relación a éste, valuar, estimar, la responsabilidad del obligado. Hay agravación en los casos de depósito confiado a posaderos u hoteleros (arts. 1.866-1.867) (1) y a los porteadores terrestres y marítimos o fluviales (art. 1.631), y según algunos, en los casos del comodatorio y arrendatario previstos en los artículos 1.809, 1.810, 1.587-1.589; atenuación para el *negotiorum gestor* en determinadas circunstancias (art. 1.143) para el mandatario no retribuido (art. 1.746).

4) La dicha medida normal de la *culpa levis* no se aplica a algunas relaciones, en las cuales la responsabilidad es limitada por la ley a los casos de *culpa lata*. Esto ocurre en el caso del propietario del suelo que hubiere hecho construcciones, plantaciones con materiales ajenos, que está obligado al resarcimiento de perjuicios si incurrió en culpa grave (art. 449); en el del heredero, con beneficio de inventario que sólo viene obligado por la culpa grave cometida en la administración de los bienes hereditarios (art. 970); en el del tercer poseedor del inmueble hipotecado, que responde solamente de los perjuicios causados al inmueble por su grave culpa (art. 2.020).

(1) Pero esto no se da ya por la derogación de los artículos 1866-1868 del Código civil contenida en el Decreto-ley de 12 de Octubre de 1919, n. 2.099, que substituyó en sus artículos 11-15 por nuevas normas las del Código, introduciendo una notable atenuación en la responsabilidad de los hoteleros. Ved más adelante el § sobre el depósito.

5) Excepcionalmente se prescinde del tipo abstracto de diligencia y se recurre a la *in concreto* en la relación de depósito voluntario. «El depositario debe usar en la custodia de la cosa depositada la misma diligencia que emplea en custodiar las cosas propias» (art. 1.843); responderá, por consiguiente, de la culpa *in concreto* y en una medida que podrá ser en cada caso superior o inferior a la medida de la *culpa levis*, según que él sea en los asuntos propios hombre de diligencia superior o inferior a la normal. El precepto del art. 1.844 no autoriza a considerar la *culpa in concreto* como una atenuación de la *culpa levis*; por virtud de dicho artículo, y en casos especiales, se agrava la responsabilidad del depositario, y por ello (dicen algunos), se volvería a la normal y superior medida de la responsabilidad que implica la *culpa levis*. El art. 1.844 significa en sus cuatro hipótesis un mayor rigor en la estimación de la responsabilidad que se mide siempre por la *diligentia quam suis*, y este mayor rigor resulta plenamente justificado por las causas y modalidades que provocan o acompañan al depósito en dichas hipótesis (1).

6) Modificaciones de estas varias clases y grados de responsabilidad pueden acordar las partes mediante la estipulación de cláusulas que agraven o atenúen la fijada supletoriamente por la ley. Y así como puede intensificarse o ampliarse la responsabilidad por *culpa lata* pactándose que deba responderse de la *leve* y hasta del caso fortuito; también puede la responsabilidad por *culpa leve* disminuir hasta limitarla a la responsabilidad por *culpa lata*.

7) En la carga de la prueba se acusa una de las más notables diferencias entre la *culpa contractual* y la *aquiliana*. Mientras en orden a esta última quien acciona para exigir la responsabilidad por daños, debe probar la culpa del demandado en cuanto funda sobre ella la propia acción; en la *culpa contractual* no está obligado el acreedor a probar nada; es el deudor quien

(1) Sobre la viva discusión suscitada entre los autores y especialmente entre Simoncelli (*Contrib. alla teoria della custodia*) y Polacco (*La culpa in concreto*), se puede ver un amplio resumen de los argumentos en pro y en contra en el mismo Polacco, *Obblig.*, páginas 435 y siguientes).

demandado para que resarza, si quiere evitar la condena, debe demostrar que el incumplimiento no deriva de culpa suya o (según los casos), que no incurrió en culpa o en el grado de culpa que se le imputa por haber usado de la diligencia en la medida exigida para aquella relación por el correspondiente precepto (artículos 1.312, 1.225, 1.226).

La responsabilidad consiguiente al incumplimiento culposo es la del resarcimiento de los perjuicios que fueron previstos o que se pudieron prever al tiempo en que la obligación se contrajo (art. 1.228). Preceptos especiales del Código, referentes a los perjuicios que derivan de deudas de dinero, a su valoración preventiva, fueron ya recordados al hablar del *id quod interest* (§ 71) y del cumplimiento (§ 74).

c) *Caso fortuito*.—Cuando la imputabilidad no surge porque el hecho dañoso no depende de la voluntad del agente, se perfila la figura del llamado caso fortuito y, consiguientemente, la exoneración de todo género de responsabilidad. Es, pues, caso, todo hecho no imputable, todo hecho que sea independiente de la humana voluntad y más precisamente—cuando el caso fortuito se relaciona con el incumplimiento de la obligación—todo hecho que haga este imposible, sin culpa del obligado (1).

(1) Bibliografía: Exner, *Der Begriff der höheren gewalt im röm u mod. Recht*, Wien, 1883; Bruckner, *Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior nach. röm., Recht.*, München, 1889; Gert., *Der Begriff der vis maior in röm und Reichsrecht*, Berlín, 1890; Beiermann, *Custodia und vis maior (Sav. Stift., XII, 1891, páginas 33 y siguientes)*; Hollander, *Vis maior als Schwanke der Haftung noch röm Recht.*, Sena, 1892; Baron, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt (Arch. f. civ. Pr., LXXVIII, 1892, páginas 203 y siguientes)*; Fischer, *Vis maior in Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung (Jahrb. f. d. Dogm., XXXVII), 1897, páginas 199 y siguientes*; De Medio, *Caso fortuito e forza maggiore in dir. rom. (Bull. ist. dir. rom., XX, páginas 157 y siguientes)*; Longo, *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obblig.*, Nápoles, 1894; Coviello N., *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obblig.*, Lanciano, 1895; sobre estos últimos, Formiggini en *Riv. it. p. le. sc. Giur.*, XIX, 1895, páginas 211 y siguientes; Burgoin, *Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure*, Lyon, 1902; Loucao, *Culpa e casus nella storia del dir. it.*, Palermo, 1917; véase también Osti, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione (Riv. dir. civ., X, 1918, páginas 345 y siguientes)*.

Es este, como se ve, un concepto meramente negativo porque implica solamente una negación de la culpa; se afirma que el campo propio del caso fortuito comienza allí donde la culpa termina. Pero con ser negativo es el más adecuado y en definitiva el único posible, porque una determinación positiva del caso fortuito (como suelen hacerla algunos autores), supone que el hecho ofrece características intrínsecas y objetivas, reconocibles y absolutas cuando un mismo hecho puede considerarse como fortuito respecto a una determinada relación jurídica y no respecto a otra. Cuando, en efecto, se recurre en la determinación positiva del concepto, a la idea de *imprevisibilidad* y a la de *inevitabilidad* del hecho, no se expresa una cualidad intrínseca y objetiva de éste; la imprevisibilidad y la inevitabilidad son en sí y por sí esencialmente relativas y sólo pueden valorarse cuando se consideran frente a una relación dada, al deber de previsión del obligado, a la posibilidad que éste tenía de evitar el hecho. Hay que afirmar, pues, que se da el caso fortuito cuando no se da en la relación concreta la necesidad de la previsión y la obligación de un especial cuidado en evitarlo; por esto, su determinación ha de tener forzosamente un carácter negativo (1).

Según la fórmula del Código, el caso implica una «causa ajena no imputable» al deudor, y por «causa ajena», a pesar de las discusiones surgidas sobre el particular (2), debe entenderse todo hecho que se produzca fuera de la conciencia y voluntad del obligado. Queda fuera del concepto de caso todo hecho provocado o determinado por la voluntad del deudor (el llamado *casus dolo seu culpa determinatus*) porque aquí no puede hablarse de inimputabilidad. Queda también fuera la idea de *extraordinariedad* del hecho, aun cuando ésta pueda aparecer como un elemento natural y constante del caso fortuito. Hechos ordinarios de la vida, como el granizo, la caída de una teja, pueden en una

(1) Pero esto no autoriza la conclusión extrema a que llega, Crome *Obblig.*, pág. 111, de que el concepto de caso es inútil, porque concebido como antítesis de la culpa «dice lo mismo de modo más limitado sin indicarnos cuándo tiene lugar la responsabilidad en concreto.»

(2) Venri, en *Pacifici Ist.*, IV, páginas 465 y siguientes.

relación jurídica concreta asumir el carácter de caso fortuito. Es más, en el mismo caso fortuito se distinguen casos ordinarios y extraordinarios, casos frecuentes y raros y el mismo caso los tiene en cuenta en ciertas relaciones, como la del arrendamiento de predios (1.621), en que se incluyen entre los primeros el granizo, el rayo, la helada; entre los segundos, la devastación por guerra, la inundación de un país no sujeto a ella.

No son otra cosa que especies del caso fortuito con características especiales que las distinguen del caso fortuito simple, los casos de fuerza mayor (*vis maior damnum fatale*). Difícil es distinguir con precisión el *casus* y la *vis maior* (1), y varios son los criterios diferenciales sugeridos por los autores. Si se recurre a las expresiones usadas en las fuentes romanas (donde la doctrina ha sido ampliamente desarrollada), se verá que se adoptan para designar los casos de fuerza mayor las frases: *vis cui resisti non potest* (2), *casus quibus resisti non potest* (3), *casus cui humana infermitas resisti non potest* (4), de donde se deduce que el criterio distintivo parece ser el de la *irresistibilidad*.

Son hechos naturales (por ejemplo, incendio, naufragio, terremoto) o hechos de un tercero (por ejemplo, guerra, movimientos revolucionarios (5), actos del Soberano) (6) que no sólo no son previsibles, sino que además son inevitables porque no hay fuerza humana que pueda oponerse a ellos para impedir sus consecuencias dañosas.

(1) Y hasta inútil según algunos (Crome, l. c.) habida cuenta de que la ley, admitiendo la fuerza mayor al lado del caso ordinario (art. 1.226), parece haberlos equiparado desde el punto de vista de su eficacia práctica.

(2) Fr. 15, § 2, D. 19. 2.

(3) Fr., 18 pr., D. 13, 6; l. 28 c. 4. 65.

(4) Fr. 1, § 4, D. 447.

(5) Brugi, *Mobi rivoluzionari e forza maggiore nel adempimento dei contratti* (Riv. dir. comm., 1918, II, páginas 547 y siguientes).

(6) Coviello. *Il factum principis e il caso fortuito* (Foro it., 1895, I, páginas 67 y siguientes). Sobre si la huelga constituye un caso de fuerza mayor es una cuestión muy discutida y sobre la que hay una abundante literatura monográfica. Véase, De Angelis, *Lo sciopero nel dir. civ.* (Filang., 1919, páginas 113 y siguientes).

Ahora bien; como en el caso fortuito (lo mismo que en la fuerza mayor) no hay imputabilidad (1), el deudor que no cumple su obligación cuando el incumplimiento resulta determinado por el caso fortuito, queda liberado de su obligación (*casus a nullo praestantur*). El art. 1.226 preceptúa en efecto: «El deudor no está obligado a resarcir daño alguno cuando a consecuencia de fuerza mayor o de caso fortuito resultó impedido para dar o hacer aquello a que se hubo obligado o hizo lo que le estaba prohibido». La obligación se extingue y el deudor queda liberado siempre que una causa ajena a su voluntad le impida realizar la prestación cuando la cosa debida quedase destruída, o fuese incomerciable, o cuando el deudor no pudiese desplegar la actividad necesaria para producir el resultado esperado, o cuando no dependa de su voluntad ya aquél no hacer que constituía un interés del acreedor, etc. Debe ser un impedimento absoluto que determine una imposibilidad objetiva de prestar; una imposibilidad meramente relativa y subjetiva; una simple dificultad de prestar personal del deudor, no serviría a liberarlo ni a exonerarlo de responsabilidad por daños (2) en virtud del fundamen-

(1) Ulpiano, fr. 23, D. 50, 17, *Animalium vero casus mortisque, qua sine culpa accidunt fage servorum qui custodiri non solent rapinae, tumultus incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur*.

(2) Véase sobre la *difficultas*, en oposición a la imposibilidad objetiva, Venuleyo fr. 137, § 4. D. 45, 1: *Illud inspiciendum est an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero cessat obligatio, donec pecuniam conferre possit, quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? sed haec recodum ab impedimento naturali et respicium ad facultatem dandi, est autem facultas personae commodum incommodumque non rerum quae promittuntur... et generalis causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*, fr. 137, § 5: *Si ab eo stipulatus sim qui efficere non possit cum alio possibile sit iure factum obligationem Sabinus scribit;* Paulo, fr. 2. § 2. D. 45, 1... *sed non facit inutilem stipulationem difficultas stipulationis*.

Lo sostenido en el texto de que para que haya exoneración del deudor debe haber imposibilidad absoluta y no grave onerosidad de la prestación simplemente; es la opinión de la mayoría de los autores. Véase Ascoli, en *Riv. dir. civ.*, 1916, páginas 240, 792 y siguientes; 1917, páginas 317 y siguientes; 1920, páginas 190 y siguientes, en sentido contrario Cogliolo, *La guerra e i contratti commerciali*, en *Scritti vari*, II, páginas

tal principio que exige el cumplimiento de la obligación y la satisfacción del interés del acreedor (1).

361 y siguientes; según éste se da la fuerza mayor no sólo cuando se produce un hecho irresistible, si no también cuando para remediarlo precisaría una diligencia superior a la aludida por el art. 1.224.

(1) Una nueva norma (Decreto-ley de 27 de Mayo de 1915, n. 739), dictada con ocasión de la guerra europea y durante ésta, introdujo excepcionalmente el principio, según el cual la excesiva onerosidad de la prestación, debía considerarse como caso de imposibilidad y servir para exonerar al deudor del resarcimiento de los daños. El art. 1.º del Decreto citado dispuso: «A los efectos todos del art. 1.226 del Código civil, la guerra es considerada como caso de fuerza mayor, no sólo cuando haga imposible la prestación, sino también cuando la haga excesivamente onerosa con tal que la obligación se hubiere asumido con anterioridad a la fecha del Decreto de movilización general». La disposición citada suscitó las más vivas discusiones doctrinales en cuanto a los límites de su aplicación y a su alcance para determinar con precisión la derogación que del Derecho común implica o lo que del mismo ratifica. Hay que tener en cuenta que el Decreto contiene dos preceptos distintos: por un lado declara que la guerra 1915-19 se considera sin más como fuerza mayor y como justo impedimento del deudor que no cumplió su obligación: lo cual significa que, sin género alguno, de duda dicha guerra es un caso de fuerza mayor consideración que confirma el concepto que la doctrina tenía de la guerra (art. 1.621 del Código civil y 434 del Código de Comercio); el otro, la equiparación a impedimento absoluto de la excesiva onerosidad de la prestación, provocada por las variadas condiciones del mercado, durante y por causa del conflicto bélico, pues en circunstancias normales una agravación de la prestación se consideraría simplemente como una dificultad, como una suerte contraria que el deudor debía soportar. La referencia expresa al art. 1.226 y la cláusula limitativa final, hacen que el Decreto implique no una liberación del deudor del vínculo obligatorio y la extinción de la relación, sino simplemente una exoneración de la responsabilidad por los perjuicios, quedando subsistente el derecho en la otra parte, a exigir la resolución por incumplimiento (aunque éste sea inimputable) del deudor y salvo el caso en que la imposibilidad de realizar la prestación sea una imposibilidad definitiva, se aplica únicamente a las obligaciones contraídas antes de la guerra o más precisamente antes de la fecha del Decreto de movilización general, no a las obligaciones asumidas después de tal fecha, porque una vez estalle la guerra cesa la imprevisibilidad del hecho y de sus consecuencias; afecta a las obligaciones contractuales, refiriéndose a ellas la previsibilidad o imprevisibilidad de la guerra. El Decreto no significa innovación al dere-

Ya antes se indicó que del acaecimiento de este hecho liberatorio debe el deudor suministrar la prueba y que al acreedor incumbe solamente el probar la existencia de la obligación (artículo 1,312).

El perecimiento de la cosa deducida como objeto de la prestación por caso fortuito lo soporta el acreedor; pero nada obsta a que las partes, con cláusula especial, atribuyan el riesgo al deudor, quien, asumiéndolo, responderá convencional e ilimitadamente del *interitus rei*.

II. *Mora*.—A las hipótesis hasta aquí previstas se contraponen la del incumplimiento de la obligación siendo la prestación posible, cuando hay solamente un retardo en su ejecución, no una imposibilidad; tal retardo, cuando ofrezca ciertas características, produce notables consecuencias jurídicas. Mora, en sentido técnico (1), es todo retraso culpable, ya incurra en él el de-

cho anterior, por una parte, y por otra (con la equiparación de la excesiva onerosidad al impedimento absoluto) implica innovación y constituye verdadero *ius singulare*, limitado en su materia, en sus efectos y en el tiempo. Por Decreto-ley de 2 de Mayo de 1920, n. 663, fué abrogado.

Para impedir, en cambio que se interrumpiesen importantes servicios públicos en otro Decreto (Decreto-ley de 20 de Junio de 1915, n. 890) el legislador declaró que no fuese admisible la demanda de resolución de los contratos, fundada en circunstancias provocadas por el estado de guerra, cuando los tales contratos afectasen a servicios públicos u obras públicas, y se ordenaba que estos contratos fuesen cumplidos según la ley y en las condiciones estipuladas. Pero como por una u otra parte hubieran podido no ser exigibles materialmente, el mismo Decreto (violando los principios de la contratación) confirió a la Administración pública la facultad de determinar unilateralmente, no sólo el modo de ejecución, sino incluso su contenido obligacional, substituyendo con apreciación inapelable por otras las cláusulas que no fueran ya exigibles,

La Bibliografía es abundantísima. Segré, en *Riv. dir. comm.*, 1915, I, pág. 887, 1917, II, páginas 628 y siguientes; 1919, II, pág. 766; 1920, II, páginas 215 y siguientes; 1921, II, páginas 1 y siguientes. Ricco Barberis, *Sulla guerra come caso di forza maggiore* (*Riv. dir. civ.*, IX, 1917, páginas 249 y siguientes); Pestalozza *Onerosità eccessiva della prestazione sopravveniente per fortuito* (*Foro it.*, 1916, páginas 1.127 y siguientes); Maroi, *Guerra* (en *Dir. prat. di dir. priv.*, III, páginas 374 y siguientes).

(1) A veces, la palabra se usa en el sentido de «término» artículos 1.832 y 2.090.

dor, ya el acreedor, aunque usualmente en el lenguaje legislativo sólo se habla de mora del deudor para designar su retardo en el *solvere*; es también posible y no posee menor trascendencia en orden a la doctrina del incumplimiento, el retardo del acreedor o la oposición inmotivada de éste a la ejecución por parte del deudor.

Distínguese, por tanto, dos clases de mora, una imputable al deudor (*mora solvendi* o *debendi*) y la otra imputable al acreedor (*mora accipiendi* o *credendi*) (1).

a) *Mora solvendi*.—Supuesto de la mora del deudor es la culpa; es más, la mora en su acepción técnica no es otra cosa que una forma de manifestarse la culpa del obligado en el momento en que se le exige el cumplimiento de la prestación. Precisa para que se pueda incurrir en ella un retraso imputable al deudor tal que no pueda ser justificado por éste en virtud de una causa ajena a su voluntad. Que éste sea el criterio acogido por el Código lo prueba el art. 1.225, en el cual figura como supuesto de la responsabilidad del resarcimiento un retraso que no pueda el deudor fundar en una causa ajena a su voluntad; no tendrían, por tanto, justificación en nuestro derecho las antiguas discusiones sobre si la culpa es o no elemento esencial de la mora, sobre si puede existir una *mora inculpada*. No se deduce, en cambio, del citado artículo que se admita aquí una presunción de culpa. La norma es que el deudor responde de todo retardo cuando no pueda probar la existencia de un impedimento legítimo.

Para que se produzca la mora, precisa, pues, un doble requisito:

a) La deuda debe, en primer lugar, ser *cierta, líquida y exigible*. No es cierta la que deriva de una condena genérica al

(1) Sobre estas teorías, véase Madai, *Die Lehre von der mora*, Halle-1837; Wolff, *Zur Lehre von der mora* (en *Beiträge z. obl.*, III, Braunschweig, 1855); Windscheid, *Die Lehre des franz. Rechts von der mora* (Rhein Mus., XLIV, 2, páginas 17 y siguientes); Kniep, *Die mora des Schuldners nach röm. u. heut. Recht*, 1871-2; Messa Mora (en *Enc. Giur.*). Para la mora del acreedor, véase más adelante.

id quod interest, puesto que hay que averiguar primero si hubieron daños que obliguen al resarcimiento. No exigible es la deuda sujeta a un término o condición antes que ésta se verifique o aquél venza. Ilíquida es aquella que, siendo cierta en su existencia, es incierta en su importe, de modo que exige una previa determinación, antes de la cual no es la mora posible (*in illiquidis non fit mora*).

β) En segundo lugar, mediante una interpelación legal debe hacerse constar que el acreedor tiene derecho a exigir y el deudor la obligación de realizar la prestación sin retardo. Es ésta la llamada *constitución en mora*, la cual se realiza mediante la *intimación* al pago o en virtud de otros actos equivalentes, judiciales o extrajudiciales, que manifiesten la voluntad del acreedor de obtener la prestación (art. 1.223, párr. 2.º). No se necesita intimación cuando la deuda es a término, porque por precepto de la ley (art. 1.223), en tal caso el vencimiento del término constituye en mora al deudor. Según la tradicional clasificación escolástica, se distinguen una *mora ex persona* que se aplica a las deudas que no son a término y que requieren la interpelación y una *mora ex re* que se aplica a las deudas a término, en las que éste funciona a su vencimiento como acto intimatorio (*dies interpellat pro homine*) (1). Esta segunda se da también en aquellas obligaciones en las cuales la causa de la deuda constituye inmediatamente al obligado en mala fe y le hace incurrir en mora si no cumple en seguida la prestación; así ocurre en las obligaciones que derivan de delito (hurto, apropiación indebida) en las que el obligado debe inmediatamente restituir la cosa

(1) El Derecho francés establece un régimen distinto en cuanto que no admite el principio *dies interpellat pro homine*; también en las deudas a término precisa la interpelación de la cual se puede prescindir únicamente cuando las partes lo hubieren convenido expresamente (art. 1.139). Su valor es muy discutido en el Derecho romano clásico, Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 278, n. 4, 5; Nani, *Sopra la regola dies interpellat pro homine in dir rom.* (*Arch. Giur.*, XI, páginas 211 y siguientes); Fusinato, *Alcune nuove consid. sopra la regola ecc.* (*Arch. Giur.*, XXVII, 1881, páginas 143 y siguientes); Siber, *Interpellatio und mora* (*Zeitschr. der Sav. Stif.*, XXIX, 1908, páginas 90 y siguientes).

sustraída (*fur semper moram facere videtur* (1); (art. 1.298) y en las que derivan de enriquecimiento indebido cuando quien recibió la cosa o el pago procediese de mala fe (artículos 1.147 y 1.148). En cambio, en las deudas a término es necesaria una interpelación cuando el término venza después de la muerte del deudor; el acreedor debe intimar al heredero que pueda ignorar la existencia misma de la obligación, a que la cumpla y no se incurre en mora sino cuando desde la fecha de la intimación (art. 1.223, párr. (1).

De la misma naturaleza de las cosas deriva que lo dicho es aplicable tan sólo a las obligaciones de dar o de hacer; en las obligaciones de no hacer no es ni siquiera concebible la mora, porque apenas se contravenga la prohibición convencional, el vínculo resulta violado y la obligación definitivamente incumplida.

Los efectos de la *mora solvendi* se resumen todos en dos: la *perpetuatio obligationis* y el deber del deudor de resarcir el daño (2). La prestación del *id quod interest*, que es la sanción general de todo incumplimiento no culpable, se aplica al deudor incluso en el caso de retardo culpable (art. 1.225), y consiste en las obligaciones que tengan por objeto una suma de dinero en el pago de los intereses legales, que serán debidos desde el día en que se incurrió en mora, sin que el acreedor deba probar haber sufrido pérdida alguna (1.231); en otros casos, funciona como reparación del perjuicio que el retraso causó en el patrimonio del acreedor, y que se fija y regula por las normas antes expuestas. La *perpetuatio obligationis* significa que desde el momento de la mora el acreedor está autorizado a exigir la prestación, aun cuando ésta resultare imposible sin culpa del deudor; el perecimiento del objeto deducido en la obligación o la imposibilidad

(1) Cfr., fr. 8, § 2, D. 13. 1; fr. 20, D. eod.

(2) Se puede decir también que en un cierto aspecto la facultad concedida en los contratos bilaterales a la otra parte de resolver el contrato exigiendo además la indemnización de daños en virtud de la condición resolutoria que se sobreentiende siempre en esta especie de contratos (art. 1.165). Esta consecuencia no es, sin embargo, particular de la mora.

sobrevenida de la prestación por caso fortuito no tienen ya efecto liberatorio con relación al obligado. El efecto de la mora es, pues, el de transferir al obligado todo riesgo o peligro de la cosa, los cuales antes de la mora eran soportados por el acreedor (artículo 1.219, párr. 1.º); responderá también el obligado de la pérdida y deterioros (artículos 1.247, 1.298, párr. 1.º) (1). Pero entre el perecimiento y la mora debe haber un nexo causal, porque la ley no quiere castigar al deudor imponiéndole la responsabilidad por caso fortuito a consecuencia del simple hecho de la mora; el supuesto legal es que la mora sea la causa indirecta del *interitus*, de modo que, sin ella, éste no se hubiera producido. Deriva de esto la norma (ya acogida en el Derecho justinianeo), según la que, cuando la cosa hubiere igualmente perecido estando en poder del acreedor si el deudor la hubiere entregado a su debido tiempo, éste queda exonerado del riesgo (art. 1.298, párr. 1.º). La prueba de esta circunstancia corresponde al deudor; como le corresponde en general la prueba del caso fortuito (art. 1.298, párr. 2.º); y la carga, que de por sí es ya una desventajosa consecuencia de la mora, puede agravarse si el acreedor excepciona que el caso fortuito no habría perjudicado su patrimonio, si por haber realizado oportunamente la cosa, ésta no se hubiere hallado en su poder al sobrevenir el caso; el deudor deberá probar, además, que el acreedor no la habría enajenado antes de ocurrir el caso fortuito (2). Por la antijuridicidad del hurto, el ladrón no puede efectuar esta prueba con efecto liberatorio (art. 1.298, párr. 3.º).

Cesan los efectos de la mora, o, como se suele decir, *se purga la mora*, cuando el deudor realice la prestación íntegramente y resarza el daño producido por la mora o el acreedor renuncie a sus consecuencias o conceda una prórroga para efectuar la *solutio* o verifique una novación.

(1) Gradenwitz, *Quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem* (*Zeitsr. der Sav. Stift.*, XXXIV, 1913, páginas 255 y siguientes).

(2) Sobre esto léase Windscheid, *Pand*, II, 1, § 280, n. 14; Polacco, *Obblig.*, páginas 533 y siguientes; Crome, *Obblig.*, pág. 154, n. 45.

b) *Mora accipiendi* (1).—Contra la teoría tradicional que deriva las consecuencias de la mora del acreedor como las de la del deudor de la culpa, se han hecho objeciones en la literatura reciente. Crome (2) ha impugnado enérgicamente dicha doctrina; no puede haber culpa, dice, si no cuando hubiere un obligado que injustamente retrasare y frente a él haya un derecho del deudor a realizar la prestación y a liberarse del vínculo obligatorio; pero el acreedor no está obligado a nada, y un derecho del deudor a ser liberado no existe tampoco, de lo que se deduce que no puede concebirse un retraso culpable en quien sólo tiene derecho a recibir. Pero esta crítica parece exagerada. Si el acreedor no tiene obligación de recibir, tiene, en cambio, la de no impedir que el deudor se libere de su sujeción; y si el acreedor se opone a ello, los perjuicios del retraso debe sufrirlos él, nunca el obligado, que estaba dispuesto a efectuar la prestación. Hay que tener en cuenta que existen obligaciones en las que su cumplimiento exige una cooperación del acreedor, y el negarse a esta cooperación equivale a oponer obstáculos al cumplimiento, en cambio, existen otras en las cuales la idea de la *mora accipiendi* no es ni siquiera concebible.

Es, pues, mora del acreedor todo retardo injustificado en recibir la prestación; la ley previó el caso, poniendo el perjuicio a cargo del acreedor y asegurando la liberación del deudor contra o sin la voluntad de aquél. El sistema seguido por el Código es imperfecto; sin embargo, no se ocupa expresamente de la *mora credendi* (3), y todas sus normas se refieren a la oferta real y al depósito, que son modos especiales de liberación en las obligaciones de dar, inaplicables a las de hacer.

(1) Kohler, *Annahme und Annahmeverzug* (*Fahrbb. f. d. Dogm.*, XVII, 1879, páginas 261 y siguientes); Schey *Begriff u. Wesen der mora creditoris im öst. u. im gem. Recht*, Wien, 1884; Rosenberg, *Der Verzug des Gläubigers* (*Jhering's Fahrbb.* XLIII, 1901, páginas 141 y siguientes); Scuto, *La mora del creditore*, Catania, 1905; Crome, *Obblig.*, § 17.

(2) *Obblig.*, páginas 187, 190.

(3) La institución está regulada por normas especiales en el Código civil alemán (§§ 293-304) y en el Código suizo de las obligaciones (artículos 106-109)

Ahora bien, para que el acreedor sufra las consecuencias de la mora, no basta con que el deudor se halle dispuesto al cumplimiento; precisa que demuestre tal disposición ofreciendo la prestación en el lugar, tiempo y modo debidos. Del contenido y de la naturaleza particular de la prestación depende la forma de dar la prueba, y es difícil recoger en una fórmula general la infinita variedad de casos concretos. Su función es meramente comprobatoria para despejar cualquiera duda sobre la negativa del acreedor y sobre si se efectuó o no la oferta o la intimación que algunos autores consideran indispensable cuando los requisitos determinados por la ley para las obligaciones de dar (como se dirá en seguida), no son aplicables, como ocurre en las obligaciones de hacer (1).

Pero en las obligaciones de dar la ley exige condiciones más rigurosas; a éstas y sólo a éstas se refieren los artículos 1.259-1.266, y son la oferta real y el depósito de la cosa debida (artículo 1.259, pr.)

La oferta real es la oblación efectiva de la suma o cosa debida. Para que sea válida, precisa que se haga con intervención de Notario o de un funcionario público, autorizado para intervenir en esta clase de actos; en segundo término, requiere que se haga al acreedor capaz de exigir o a quien tenga facultad de recibir por él, que se verifique por persona capaz de pagar y por el importe íntegro de la deuda en el tiempo y lugar preestablecidos (artículos 1.260 del Código de Procedimiento civil, 902, 903).

Cuando el acreedor rehuse el ofrecimiento, el deudor, para liberarse, podrá proceder al *depósito*, que se constituye sin necesidad de autorización judicial, cuando la deuda es pecuniaria, en la Caja de Depósitos y Préstamos, y cuando la deuda se refiere a otras cosas, se constituye en poder de personas o en locales designados por el Juez (art. 1.261; art. 905 del Código de Procedimiento civil; art. 1.875, núm. 2, del Código civil). En tanto el depósito no haya sido aceptado por el acreedor, puede el deu-

(1) La intimidación

las obligaciones

pués de hecha la oferta real (art. 1.261, n. 1, Código pr. civ., art. 94)

dor retirarlo (art. 1.263); pero si una sentencia firme hubiera declarado válido el depósito y la precedente oferta real, no podrá el deudor retirarlo (art. 1.264) y quedará definitivamente liberado (1).

Efectos de la *mora accipiendi* son: la obligación de resarcir el daño que el deudor haya podido sufrir por los gastos ocasionados por la custodia de la cosa, por la indisponibilidad de los locales en que aquélla deba conservarse, etc.; el cesar el devengo de intereses si la deuda era fructífera; la transmisión del riesgo al acreedor, si antes era soportado por el deudor (art. 1.259, párrafo 1.º); el reembolso debido a éste por los gastos de la oferta real y del depósito (art. 1.262).

Se purga la mora del acreedor cuando éste deje de negar el concurso necesario para poder efectuar la prestación e indemnice al deudor del daño causado con su mora o también cuando retire el depósito el deudor o renuncie a los efectos de la *mora creditoris* (2).

(1) En cuanto al Derecho romano y al Comercial, en los que al lado de la *depositio* se admitía también la *derelictio* de la cosa, véase Ulrich, *Die Deposition und Dereliction behufs Befreiung des Schuldners*, Zürich, 1877; Zühne, *Ungewissheit des Gläubigers als Grund der Deposition* (*Jahr. bb f. d. Dogm.*, XVII, 1879, páginas 1 y siguientes, pág. 174); Jess (ib., páginas 158 y siguientes), Beer, *Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten*, 1900; de Ruggiero, *Note sul c. d. deposito publico o giudiziale in dir. rom.* (*St. ec.-giur. di Cagliari*, I, páginas 121 y siguientes) y bibliografía citada.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Si bien el término normal de toda obligación es su cumplimiento, suceden con gran frecuencia casos de incumplimiento que se deben unas veces a la voluntad de los obligados y otras a causas no imputables a éstos.

Prescindiendo de definiciones doctrinales y de disquisiciones científicas, haremos una breve referencia a los preceptos de nuestro Código civil relativos al incumplimiento.

Dolo.—Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho. Definición que está contenida en el art. 1.269 de nuestro Código, pero que, a pesar de su aparente generalidad, no comprende el

El Código habla de dolo en el incumplimiento al decir que quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo (art. 1.101). Expresión esta poco afortunada, pero cuya significación se adivina. En el art. 1.202 agrega

§ 76.—*Tutela y garantías del crédito*

Brugi, Ist. §§ 68-70, Pacifici, Ist. III, 2, pág. 379, IV, 438; Chironi, Ist. II, §§ 306-311; Crome, Obbl., § 23; Zachariae, Man. II, §§ 230-233, 289-293; Aubry y Rau, Cours. III, §§ 260-263, 289-290; IV, §§ 307, 309-313; Planiol, Traité, II, números 166, 278, 2.542 y siguientes; Windscheid, Pand. II, 1, §§ 266-272, a, §§ 283-286, 324; 325; II, 2, § 463.

Los medios con que el derecho del acreedor se asegura y realiza, son tantos y tan variados, cuantas son las especies y formas de las obligaciones. A cada una de estas corresponde una acción especial, que aun cuando carezca de especial *nomen juris* como lo tenía en Derecho romano, posee, no obstante, un contenido y un carácter propios, en atención al fin que persigue; cada una posee especiales medios para asegurar al acreedor el cumplimien-

que la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.

Erdel y Pfeiffenberger ponen de relieve que el dolo no consiste solamente en el resultado dañoso *inmediato* (dolo directo), sino que puede también consistir en la «posibilidad de causar un perjuicio mediante una acción o una omisión, sin que la representación de tal posibilidad impida tal acción o abstención» (*Das Bürgerliche Recht*, Leipzig, 1928, página 263).

Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, dice deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios (art. 1.270).

Admite, pues, el artículo transcrito un dolo grave y otro incidental sin cuidarse de señalar las características o elementos integrantes de uno y otro, o de establecer el criterio en que el Juez debe inspirarse para calificar la gravedad del dolo.

Véanse, además, los artículos 673, 756, apartados 6.º y 7.º, 674.

En cuanto a la culpa, distingue el Código la aquiliana de la contractual. Los artículos 1.902 y 1.903 se refieren a la primera, el 1.104 define la segunda. En los problemas judiciales que con ocasión de la culpa se plantean, campea el libre arbitrio del Juez (véase el art. 1.103).

El art. 1.105, sin definir el caso fortuito, dice: Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables.

Una definición del caso más filosófica que jurídica puede hallarse en Koch; «Zufall ist alles, was ohne menschliches zuthum sich ereignet, also etwas Negatives» (*Das Recht der Forderungen*, Berlín, 1858) [Caso for-

to; su regulación sólo es posible estudiarla cuando al tratar de cada una de las instituciones en particular. Sin embargo, como algunos de tales medios son comunes a todas las obligaciones y los especiales pueden ser incluídos en categorías generales, es posible ahora hacer una consideración de conjunto en la cual—si bien algunos tengan su sede propia en el derecho procesal o en el mercantil y otros entren de lleno en el campo del Derecho civil—podrán comprenderse todos, deteniéndonos más en estos últimos,

En su conjunto estos medios pueden reducirse a tres categorías supremas: derechos de garantía encaminados a reforzar el vínculo obligatorio y a asegurar al acreedor del exacto cumplimiento de la obligación mediante la constitución de una garantía real o personal u otorgando a un crédito una preferencia con respecto a los demás; medidas conservativas merced a las cuales el acreedor tiende a impedir que el patrimonio del deudor menudee con peligro para el acreedor y procura conservar íntegros los derechos y bienes de tal patrimonio; finalmente medidas ejecutivas para realizar el crédito cuando siendo insolvente el deudor deba desenvolver su eficacia, practica aquella *necessitas* que constituye la íntima esencia del vínculo obligatorio.

tuito es todo aquello que se produce sin intervención del hombre, por tanto, algo negativo].

Respecto de la mora, incurrén en ella, según nuestro Código, «los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1.º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente. 2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fué motivo determinante para establecer la obligación. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurré en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

El art. 1.101 dice: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren .. en morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas. La mora produce un efecto: la responsabilidad por el caso fortuito (art. 1.096).

La mora no produce el efecto de rescindir la obligación, y aun después de incurrir en mora el obligado tiene la facultad de cumplir su obligación, salvo lo dispuesto en el art. 1.124.

La diferencia fundamental entre las tres especies de medios consiste en que mientras el primer grupo toma en consideración el crédito directa y exclusivamente, el segundo se relaciona preferentemente con el patrimonio del deudor y el tercero opera sobre éste haciéndose valer sobre los bienes de éste o de los fiadores los derechos del acreedor.

I. *Medios de garantía.*—El concepto general de garantía comprende en sí todo medio con el cual se asegura al acreedor la exacta ejecución de la prestación (1). Cumplen esta misión con eficacia e intensidad diversas medios de carácter muy diferente.

Algunos de éstos constituyen relaciones típicas de derecho real o personal encaminadas a prevenir el peligro de una violación de la obligación por parte del deudor y constituyen las formas más características del derecho de garantía en sentido estricto; tales son las garantías reales de la prenda y la hipoteca, las personales de la fianza y del aval cambiario. Mediante ellas, una determinada cosa mueble o inmueble es ofrecida por el deudor o por otros en su nombre en prenda o hipoteca al acreedor, o bien, un segundo deudor se adiciona con carácter subsidiario (2); al primero de forma que el acreedor en caso de insolven-

(1) No es de este lugar el estudio de otros medios de garantía, como son el secuestro conservativo y convencional, el acto de sellar, verificación de escrituras, etc., que constituyen el complejo sistema de la defensa preventiva de los derechos; de este sistema forman parte los medios de garantía de las obligaciones. Distinta es la prestación de garantía por evicción a que está obligado quien enajenó una cosa o un derecho a título oneroso (artículos 1.482, 1.543, 1.544) la garantía recíproca que se deben los codivisores (art. 1.035) la garantía por vicios ocultos de la cosa vendida (art. 1.498), etc.

(2) Adviértase que no siempre la obligación de garantía tiene carácter subsidiario, es decir, entra en funciones siempre que el deudor principal no paga y luego que es ejecutado; puede ser paralela y autónoma en el sentido que en las relaciones con el acreedor el fiador o garante asume de modo directo e independiente la obligación de pagar. Así ocurre con el aval cambiario (art. 274 y siguientes del Código de Comercio), cuya obligación es autónoma, ya que el avalista no garantiza tan sólo al aceptante, al librador o al endosante, sino que garantiza de modo objetivo el pago de la letra y viene a ser solidariamente responsable con res

cia del obligado pueda realizar su crédito con el valor de la cosa o dirigir su acción contra el fiador. También existen otras garantías reales que no generan en su titular un derecho de carácter real; tales, por ejemplo, los depósitos constituidos como caución de determinadas obligaciones, las arras, el derecho de retención, el contrato anticrético. La ley reconoce además a ciertos créditos determinadas cualidades que les hacen preferentes a los demás y sustrayéndoles al concurso y al consiguiente peligro de reducción, son satisfechos de modo preferente con el valor de un inmueble o de una cosa mueble: tales son los privilegios. Otras, como la pena convencional, constituyen una liquidación preventiva de los daños que pueden derivar del incumplimiento que asume una función de garantía también en cuanto refuerza el vínculo obligatorio.

Estas diversas formas de garantía pueden derivarse directamente de la ley en cuanto ésta las atribuye al acreedor en determinados casos (*garantías legales*), o del negocio jurídico si es la libre voluntad de las partes la que las constituye (*garantías convencionales*). Algunas sólo pueden dimanar de la ley como ocurre con los privilegios o el derecho de retención; otras pueden proceder de ambas fuentes (hipotecas legales, hipotecas convencionales); otras son siempre convencionales (arra, cláusula penal anticresis).

Remitiendo al lector en lo referente a la prenda y a la hipoteca a cuanto se dijo ya en el vol. I, §§ 62-64 y en lo referente a la fianza y anticresis, a cuanto se dirá al hablar de los contratos especiales (vol. II, § 97), nos detendremos ahora en las otras formas más notables de garantía: privilegios, derecho de retención, arra y cláusula penal.

a) *Privilegios*.—El principio general, por el que quien se obliga personalmente debe responder de sus obligaciones con todos sus bienes muebles e inmuebles presentes y futuros (artículo 1.948), y el de que todo acreedor halla en el patrimonio

pecto al acreedor; así también en la fianza que puede ser prestada con carácter de solidaridad de modo que el acreedor pueda dirigirse directa y primeramente contra el fiador.

de su deudor su propia y natural garantía, lleva como consecuencia necesaria la de que si son varios los acreedores, tienen todos ellos un derecho igual (art. 1.949). Se abre entre ellos un concurso (1), en cuya virtud, cuando los bienes del deudor no basten a satisfacer íntegramente a todos los acreedores, los distintos créditos son proporcionalmente reducidos en forma que la insolvencia parcial del deudor repercute en todos ellos. A los peligros que implica el concurso, se sustraen los créditos que tengan una causa legítima de preferencia, y causas legítimas de preferencia son (como expresa el art. 1.950): los privilegios y las hipotecas. El Código cita la prenda entre los privilegios (art. 1.958, n. 6), y ya se indicó la diferencia existente entre los derechos reales de garantía de prenda y de hipoteca y los privilegios propiamente dichos (2). Son éstos, derechos de preferencia que la ley otorga en consideración a la causa de crédito (art. 1.952) y que atribuyen al acreedor una prelación sobre los demás, incluso sobre los hipotecarios (art. 1.953). Representan, por tanto, una importante garantía del crédito, porque aseguran la satisfacción del mismo, no sólo con preferencia a los acreedores quirografarios, sino también a los hipotecarios.

Dejando aparte el indagar los orígenes históricos de los distintos privilegios reconocidos por el Código, del absurdo sistema seguido por éste al agrupar figuras tan diversas (3), y limitándonos al estudio de los enumerados en el Código civil (4), di-

(1) Pero el concurso, como se dirá más adelante, no es civilmente necesario y obligatorio; en efecto, ninguna norma impone que todos los acreedores del deudor insolvente, deban ser convocados por aquél que proceda *in executivis* para que se distribuya entre todos el patrimonio insuficiente; el acreedor que procede ejecutivamente puede absorber él sólo todo el valor de los bienes. Necesario y obligatorio es el concurso cuando los deudores son mercantiles y se opera mediante la institución de la quiebra.

(2) Vol. I, pág. 674.

(3) Planiol, *Traité*, II, n. 2.545; Zachariae, *Man.*, II, § 226, 227.

(4) Otros muchos privilegios son concedidos por leyes particulares, así, por ejemplo, por el Código de Comercio, artículos 362, 412, 666-682, 773-779, 795-914; por la ley de 23 de Junio de 1897 sobre recaudación de impuestos directos, artículos 43-65; por la ley de 24 de Agosto de 1877,

vidiremos éstos en tres categorías, valiéndonos como base, de la distinción entre patrimonio mobiliario e inmobiliario del deudor y de sus efectos sobre todos o algunos de los bienes. La razón de este doble criterio es única y radica en la causa del crédito que es la causa misma del privilegio. Como hay créditos que obedecen a una causa especial y afectan a una determinada cosa mueble o inmueble, a ésta, y sólo a ésta se refieren, y si se separan de ésta, es decir, relativamente a otras cosas, no se consideran dignos de ostentar una condición privilegiada, respectivamente, a los demás acreedores; así hay créditos en los que falta aquella causa especial, y no se refieren a cosa alguna determinada, y, sin embargo, son preferentes y afectan al patrimonio todo del deudor. Aplicando rigurosamente tal criterio, debiera dar lugar a privilegios especiales sobre inmuebles y sobre muebles a privilegios generales sobre éstos y aquéllos. La cuarta categoría no existe sin embargo; los privilegios sobre cosas muebles son generales o especiales, según comprendan todos los bienes muebles del deudor o afecten solamente a algunos determinados (artículo 1.955); los privilegios sobre inmuebles son sólo especiales. De la existencia de privilegios generales sobre inmuebles se puede hallar a lo sumo como privilegios subsidiariamente concedidos a algunos créditos garantizados por un privilegio general sobre muebles; cuando los enumerados (créditos) en el art. 1.956, no sean satisfechos con el patrimonio mobiliario, la ley autoriza que sean satisfechos subsidiariamente con el precio de los inmuebles del deudor; pero a virtud de la preferencia reconocida a los privilegios especiales sobre inmuebles, sólo son preferidos a los créditos quirografarios (art. 1.962).

2) *Privilegios generales sobre muebles.*—Se dan según el artículo 1.956 y el 1.957 en los créditos que se refieren:

1) a gastos de justicia ocasionados por los actos conservativos o ejecutivos sobre bienes muebles en interés de todos los acreedores por razón del beneficio que con los mismos obtuvieron.

sobre impuesto sobre riqueza mobiliaria, art. 62; ley de 23 de Enero de 1887, sobre crédito agrícola, artículos 1.17, 22.

2) a los gastos fúnebres según los usos.

3) a los gastos ocasionados por la enfermedad del deudor en los últimos seis meses de su vida, es decir, a los gastos de la última enfermedad.

4) a los suministros de alimentos hechos al deudor y a su familia en los últimos seis meses (pero no de su vida).

5) a los salarios de criados por el mismo período de tiempo.

6) a las contribuciones directas debidas al Estado y a los impuestos municipales y provinciales del año corriente y del anterior, entendiéndose por año corriente el que se halla en curso al iniciarse la ejecución, y de las contribuciones se exceptúa la inmobiliaria, puesto que ésta se halla garantizada por un privilegio especial sobre inmuebles (art. 1.962).

β) *Privilegios especiales sobre muebles.*—Corresponden a los créditos siguientes, según la enumeración contenida en el artículo 1.958, el cual determina respecto a cada uno de ellos la cosa mueble a que afectan:

1) a los créditos del Estado por derechos de Aduana y registro y por las demás contribuciones indirectas, sobre las cosas muebles que eran objeto de las mismas.

2) a los créditos del censalista por los cánones enfiteúuticos del año corriente y del año anterior sobre los frutos del fundo enfiteútico cosechados durante el año y sobre los productos de aquel provenientes.

3) al crédito del arrendador de un inmueble por las pensiones y alquileres del año corriente, del anterior y sucesivos, si el arrendamiento tiene fecha cierta, del año en curso y del siguiente si no tiene fecha cierta, y al crédito por daños causados a los edificios y fundos o por reparaciones, sobre los frutos cosechados en el fundo durante el año, sobre los productos de aquel provenientes, sobre los objetos que constituyen la dotación del fundo y sobre aquellos que sirven para cultivarlo, así como sobre los muebles que se hallan en la casa alquilada. Este privilegio que es de origen antiguo (1) tiene tanta importancia, que

(1) Reproduce, si bien muy modificado, el antiguo *pignus tacite con-*

afecta a los muebles que se hallan en la casa alquilada, a las cosas introducidas en el fundo para su cultivo, aun cuando aquéllas y éstas no sean propiedad del arrendatario, con tal que se hallen en el fundo arrendado, a no ser que se trate de cosas perdidas o robadas, y siempre que el arrendador ignore cuándo fueren introducidas, su condición de ajenas. Es más, la ley concede al arrendador incluso el *droit de suite* cuando se hallen en poder de tercero, procediendo al secuestro cuando las cosas hubieren sido transportadas de la casa o del fundo sin su consentimiento con la sola limitación consistente en que la acción se promueva en término breve a partir de la fecha de su transporte (quince días para los muebles que ocupaban la casa, cuarenta para las cosas que constituían la dotación del fundo rústico).

4) a los créditos de los aparceros de inmuebles y ganados sobre la parte respectiva de los frutos y sobre las cosas muebles que ocupan el predio o la casa.

5) a los créditos por simientes, labores de cultivo y de recolección del año, sobre los frutos de la cosecha.

6) se hace excepción de crédito garantizado con prenda que substancialmente se diferencia de los demás privilegios otorgados en atención a la causa del crédito.

7) a los gastos hechos para la conservación y mejora de las cosas muebles sobre estas mismas.

8) a los suministros y servicios de los posaderos* sobre los efectos de los huéspedes.

9) a los gastos de transporte, aduana y consumo sobre las cosas a que aquéllos afectaban.

10) a las indemnizaciones por abusos y prevaricaciones cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, sobre sus fianzas.

11) a los créditos del Estado y demás corporaciones públicas contra sus contables sobre los valores dados en garantía.

tractum, concedido en el Derecho romano al arrendador de predios urbanos, sobre los *invecta et illata* y sobre los frutos al arrendador de predios rústicos.

γ) Finalmente, tienen *privilegio especial sobre determinados inmuebles*:

1) Los créditos por gastos judiciales de expropiación inmobiliaria hechos en provecho de todos los acreedores, sobre los inmuebles ejecutados (art. 1.961).

2) Los créditos del Estado por la contribución territorial correspondiente al año en curso y al anterior, comprendidos los impuestos municipales y provinciales, sobre los inmuebles todos del contribuyente sitios en el municipio en donde la contribución se percibe, y sobre los frutos de aquéllos, así como también los créditos fiscales por tasas y contribuciones indirectas sobre los inmuebles a que aquéllas se refieren (art. 1.962).

En cuanto al orden de los diferentes créditos privilegiados, véanse los artículos 1.953, 1.959, 1960; entre créditos igualmente privilegiados, se verifica el concurso haciéndose valer en proporción de su importe (art. 1.954) (1).

(1) También en este respecto la legislación de guerra introdujo innovaciones, admitiendo nuevas categorías de privilegios generales y especiales y complicando la materia de suyo intrincada. Justamente en la doctrina se puso de relieve la insidia que todo privilegio envuelve, dada su naturaleza oculta que lo hace limitadamente oponible a los terceros (Barassi, *Ist.*, pág. 276) y con prudente criterio prevaleció el principio que excluía en esta materia toda interpretación extensiva de los preceptos legales y toda aplicación analógica de los mismos; el propio legislador se atuvo a este riguroso criterio restrictivo al no crear nuevos privilegios ni extender los reconocidos a nuevas especies de créditos, sino con grandes precauciones y sólo en casos excepcionales (por ejemplo, ley de 7 de Julio de 1901, n. 334; 27 de Febrero de 1905, n. 70). En cambio, la guerra, con sus exigencias y con el fin, sobre todo, de desarrollar el crédito agrario, concedió enorme amplitud a la institución introduciendo nuevas causas y categorías de privilegios; de ello surgió confusión al graduar los nuevos privilegios con relación a los antiguos. Entre las disposiciones de la nueva legislación figuran la del Decreto-ley de 11 de Julio de 1915, n. 1.076, con la que se añade a los cuatro privilegios generales sobre muebles reconocidos por el art. 1.956 del Código civil una nueva especie en favor de los acreedores por suministros militares; las del Real decreto de 11 de Octubre de 1914, n. 1.089; de 17 de Junio de 1915, n. 966; de los Decretos-leyes de 26 de Septiembre de 1915, [n. 1.433; 8 de Octubre de 1916, n. 1.336; 26 de Julio de 1917, n. 1.269, y Real decreto de

b) *Derecho de retención*.—En ocasiones la ley otorga al acreedor que detenta una cosa ajena que fuere causa o motivo del crédito mismo, la facultad de retener aquella en tanto dicho crédito no sea satisfecho. Es éste el llamado *ius retentionis* (1) que se confiere ordinariamente para garantizar el crédito por los gastos hechos en la cosa, por las mejoras hechas en ella o por los perjuicios que la cosa causó a quien está obligado a realizarla; representa una importante garantía del acreedor a quien se asegura la satisfacción de su crédito con medios muy análogos en eficacia al de la prenda.

Esto ha hecho afirmar a algunos que éste era un derecho real verdadero y propio, aunque con caracteres distintos de los que ofrecen los derechos reales de prenda y de hipoteca. Pero de un modo absoluto no puede sostenerse que sea siempre un derecho real ni tampoco que sea un derecho meramente personal. Surge

22 de Abril de 1920, n. 516, que crearon varios privilegios especiales para favorecer el crédito agrario; la del Decreto-ley de 15 de Julio de 1915, n. 1.153, que amplifica o extiende el privilegio especial inmobiliario concedido al Estado por los créditos por contribución territorial a los créditos del mismo por el impuesto sucesorio y también sobre los inmuebles que el deudor posee; la del Decreto-ley de 26 de Mayo de 1918, n. 723, que para facilitar el crédito a las cooperativas de consumo establece en favor de la institución mutuante un privilegio especial (que sigue inmediatamente al concedido al Estado por el art. 1.958 del Código civil) sobre las mercancías adquiridas con las sumas prestadas; la del Real decreto de 24 de Noviembre de 1919, n. 2.162, que extiende el privilegio establecido por el art. 1.958 del Código civil a la percepción del impuesto debido por el ejercicio del comercio, industria, arte, profesión sobre los bienes muebles que utiliza el contribuyente en el ejercicio de aquellas actividades y sobre los objetos que se hallen en su habitación.

(1) Grosskopff, *Zur Lehre von Retentionsrechte*, Oldenburg, 1858; Cabrye, *Du droit de rétention*, París, 1860; Glasson, *Du droit de rétention*, Strassburg, 1862; Cuillouard, *Traité du droit de rétention*, París, 1895; Semeraro, *La dottrina dell'ius retentionis*, Roma, 1875; Manaresi, *De iure retentionis* (*Arch. Giur.*, XXXIII, 1884, páginas 172 y siguientes); Guarra-cino, *Il diritto di ritenzione nella legisl. it.*, Nápoles, 1884; Ramponi, *Il diritto di ritenzione nelle leggi. it.*, Florencia, 1898; Venzi, en *Pacifici Ist.* III, 2, páginas 362 y siguientes; Ricca-Barberis, *Le spese sulle cose immobili e il loro risarcimento*, página's 238 y siguientes, Turín, 1914.

como un medio de defensa contra la acción real del propietario o contra la personal de aquel a quien la cosa deba ser restituída, y se funda en el principio de la buena fe que exige que quien demande la cosa satisfaga a su poseedor el crédito generado por ella o con ocasión de ella (*exceptio doli*) y la excepción en cuanto autoriza a rehusar la restitución de la cosa funciona en cierto modo con eficacia real. Pero esto no basta para considerar el derecho de retención como un derecho real. La *realidad* de un derecho implica que éste pueda oponerse *erga omnes*, es decir, a los terceros, y si bien esta intensa eficacia la posee tal derecho en algunos casos, carece de ella en otros, y por ello y en principio el derecho de retención debe considerarse como un derecho personal, aunque en determinados casos ofrezca los caracteres de los derechos reales (1).

Supuestos de este derecho son: 1) que la cosa se detente, de lo que se deduce que si la cosa se pierde por una causa cualquiera, la garantía desaparece por desaparecer el fundamento natural, en el que la retención réposa; 2) que entre el crédito por el cual se hace valer la *retentio* y la detentación de la cosa haya una cierta conexión, o sea un nexo tal que permita afirmar que el crédito se generó por causa o con ocasión de la cosa, de lo cual deriva que éste se considera como la natural garantía de aquél.

La *retentio* se concede en nuestro derecho por vía general para la más intensa tutela de la buena fe, al poseedor de buena fe por las mejoras hechas y subsistentes en los bienes poseídos (artículo 706). Corresponde, además, al coheredero que hubiere

(1) La cuestión (que no carece de efectos prácticos) revela la necesidad que tiene esta materia de una más amplia regulación legislativa, la cual para mayor seguridad del crédito debe orientarse en el sentido de dar a tal derecho el carácter de privilegio real y resolver la debatida cuestión de sus límites de aplicación. Sobre la realidad o personalidad del *ius retentionis*, véase Ramponi, *Il dir di ritenzione*, Florencia, 1898, I, páginas 23 y siguientes, 274 y siguientes; Montessori, *Il dir di ritenz. nella materia comm.*, Milano, 1909 n. 19 y siguientes; De Feo, *Il dir. di ritenz. come pegno legale*, en *Giur. it.*, 1916, IV, páginas 65 y siguientes; Talassano, *Sul dir. di rit. legale*, en *Dir. comm.*, 1919, páginas 343 y siguientes.

conferido un inmueble hasta el reembolso de las sumas que le fueren debidas por gastos y mejoras (art. 1.023); al comprador con pacto de retro por restitución del precio, gastos, mejoras y de todo pago legítimo verificado en la compra (art. 1.528); al depositario hasta obtener el pago íntegro de todo lo que le es debido por el depósito mismo (art. 1.863); al acreedor anticrético hasta el pago total del crédito (art. 1.893). Fuera de estos casos no se concede tal derecho ni podría extenderse a otros por analogía. Contra los que defienden tal extensión basta con observar que el *ius retentionis* constituye una defensa extraordinaria y excepcional del crédito y debe impedirse que pueda recurrirse a ella fuera de los casos en los que la ley la autoriza expresamente.

c) *Pena convencional*.—La convención accesoria que las partes añaden frecuentemente a otra obligación (principal) para asegurar el cumplimiento de la misma o con la cual se promete una prestación especial a cargo del deudor para el caso de incumplimiento o de mero retardo, se llama *pena convencional* o *clausula penal* (1). Suelen decir algunos que su función es una determinación preventiva, una liquidación anticipada de los daños que pueden derivar al acreedor por el incumplimiento o la mora del deudor. Otros observan que su función es doble: la de la preventiva liquidación de los daños y la de robustecimiento del vínculo obligatorio en cuanto que, conviniendo una pena-

(1) El uso de las cláusulas penales conocidas ya en Derecho romano, fué muy amplio en el Derecho provincial y en la Edad Media. Y no solamente en los contratos, sino también en los testamentos: las disposiciones testamentarias *poenae nomine*, conocidas en el Derecho romano, tienen por objeto constreñir a la persona del heredero o legatario a realizar un determinado acto con la amenaza de un perjuicio patrimonial. Véase Marchi, *Le disp. test. a titolo di pena* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XXI, páginas 5 siguientes); Longo, *Le disp. testamentarie in forma di pena* (en *Studi per Fadda*, IV, páginas 159 y siguientes). Para la historia de las cláusulas penales en general a más del trabajo de Bertolini, antes citado, véase Loening, *Ursprung und rechtl. Bedeutung der den altdeut. Urkunden enthaltenden Strafklauseln*, 1875; Siörgen, *Ueber die röm conventionalstrafe und die Strafklauseln der frank. Urkunden*, Berlín, 1896; Berger, *Die Strafklauseln in den Papyrusur*, Leipzig, 1911.

lidad a cargo del deudor en el caso de incumplimiento o retraso, se estimula mediante la amenaza de una mayor responsabilidad la diligencia y puntualidad del obligado. Esta última opinión parece ser más fundada, ateniéndonos a los artículos 1.209 y 1.212, ya que al declararar el primero que «la cláusula penal es aquella con que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se obliga a alguna cosa en el caso que no cumpla o retarde la ejecución», pone de relieve una de las dos funciones (garantía), y el art. 1.212 evidencia la otra (liquidación de los daños) al definir la cláusula penal como «compensación de los daños que sufre el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal».

Lo cierto es que dicha cláusula tiene conceptualmente siempre el mismo fin y una sola función: reforzar el vínculo ofreciendo al acreedor un medio más intensamente eficaz que la acción derivada del crédito simple, es decir, desprovisto de la cláusula penal; la mayor intensidad de la eficacia de este medio consiste en la amenaza hecha al deudor de agravar su responsabilidad ordinaria si no cumple exacta y puntualmente su obligación. La idea de pena que integra la designación de la convención excluye que desde este punto de vista conceptual la función de determinación y liquidación preventiva de los daños puede considerarse como única, autónoma y exclusiva de tal cláusula e implica, por el contrario, que las partes al estipularla superaron la ordinaria medida que en caso de incumplimiento o de retraso serviría de norma al Juez para liquidar los daños. El hallarse contenida en la pena convencional la preventiva liquidación de los daños es consecuencia del fin a que tiende dicha pena, pues la penalidad por incumplimiento o retraso absorbe en sí el daño correspondiente. Pero esta consecuencia puede faltar si la intención de las partes, que es siempre decisiva, fué la de estipular la pena como *añadido* a los daños provenientes del incumplimiento o del retraso; si, por el contrario, la cláusula nada contiene que no sea la normal liquidación de los daños, sólo *nominalmente* será pena convencional, no de hecho (1).

(1) Nauensfeldt, *Ist die conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach*

La cláusula penal, como ya se dijo, puede estipularse para el cumplimiento o de mero retardo; es, como también se indicó ya una obligación accesoria cuya prestación se añade a la prestación de la obligación principal. Esto en rigor implicaría como consecuencia lógica que, verificado el hecho previsto, el acreedor pudiese exigir una y otra prestación; pero como quiera que esta conclusión no parece conforme a la justicia porque implicaría el derecho en el acreedor a una doble prestación, y además el elemento decisivo es la intención de las partes, dicha consecuencia experimenta ciertas modificaciones. Si, en efecto, la pena fué convenida para el caso de retardo, como se supone que representa los daños que derivan de la mora, el acreedor en esta hipótesis podrá exigir la prestación principal y la pena. Pero si se estipuló para el caso de incumplimiento, habrá que indagar si la pena contiene o no la liquidación de los daños y si el cumplimiento es posible; pueden las partes haber querido reservar al acreedor la facultad de exigir alternativamente el cumplimiento (y si éste no es posible, el resarcimiento del daño) o la pena; pueden acumular ésta a aquél en forma que el acreedor pueda exigir ambas prestaciones. No es, pues, una norma sin excepción la establecida por el art. 1.212: «El acreedor no puede exigir al mismo tiempo, la prestación principal y la pena cuando no hubiere estipulado ésta para el simple caso de retardo». La norma del art. 1.211 se establece para el caso de cumplimiento aún posible y de una pena que pueda compensar todo el daño derivado del incumplimiento: «El acreedor puede exigir del deudor moroso el cumplimiento de la obligación principal en lugar de la pena estipulada».

En cuanto a las causas y al momento de incurrir en la pena, a la función de ésta en relación con la obligación principal y a los poderes del Juez, habrá que decir:

Straf Oder Ersatzleistung?, Berlín, 1885; Venzi, en *Pacifici Ist.*, IV, página 416, y Manns, *Von der conventionalstrafe*, 1876, Pergament, *Conventionalstrafe un Interesse*, 1896; Bertolini, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il dir. rom* (*St. e doc. di st. e. dir.*, XV); Paternó, *Pena convenzionale* (en *Enc. Giur.*).

1) Que se incurre en la pena en el momento en que surgiría en el acreedor la acción por resarcimiento y por las mismas causas que generan esta acción. Será preciso, pues, el incumplimiento imputable al deudor y la mora en el *solvere*. Si la obligación tiene por objeto un *non facere*, incurre en ella el deudor inmediatamente que, infringiendo éste la obligación, realice el acto prohibido (art. 1.221); si consiste en un *facere* o en un *dare*, apenas transcurre el término dentro del cual la prestación deba cumplirse cuando se hubiera fijada un término, y si éste falta precisará la constitución en mora (art. 1.213).

2) Si se da la causa el deudor vendrá obligado sin más a prestar la pena; el acreedor no tiene que probar la existencia del daño ni el deudor podrá librarse de prestarla ni pedir que sea reducida, sosteniendo que no hubo daño o que éste fué menor que el previsto.

3) Al Juez no se concede la facultad de reducir la pena, a no ser que la obligación se hubiere cumplido parcialmente; de este modo, resolviendo una antigua discusión, el art. 1.214 no prohíbe el pacto en cuya virtud las partes convinieren la prestación total de la pena aun cuando la obligación hubiere sido incumplida sólo en una parte mínima.

4) Dado el caso de varios sucesores del deudor y de una infracción de la obligación por parte de uno o varios de aquéllos, decide en orden a la división de la pena el carácter divisible o indivisible de la obligación principal (artículos 1.215 y 1.216).

5) Y, finalmente, del carácter accesorio de la cláusula con respecto a la obligación principal deriva la norma del art. 1.210, según la cual la nulidad absoluta (1) de esta última implica la nulidad de la cláusula penal; en cambio, la nulidad de ésta no afecta para nada a la validez de aquélla.

6) *Arras* (2) De las dos principales funciones que las arras

(1) Sólo cuando se trata de esta nulidad no de otra que, dejando subsistente en el deudor su obligación subsidiario de resarcir el daño justificaría la pena convencional en su función de garantía. Venzi, en *Pañfici Ist.*, IV, páginas 418-419.

(2) Jagemann, *Die Daraufgabe Arrha*, Berlín, 1873; Sarfatti, *Capa-*

cumplen y de las dos distintas figuras que a éstas corresponden (arra confirmatoria y arra *poenitentialis*) aquí se toma en consideración solamente la promesa porque constituye un medio de reforzar el vínculo obligatorio; la otra, como acertadamente nota Windscheid (1), significa más bien una debilitación. Arras es lo que al celebrar un contrato una parte da a la otra con la intención de perderla en beneficio del accipiente si la condición no se cumple; es una caución por el resarcimiento del daño en caso de incumplimiento y al mismo tiempo una señal o signo de haberse celebrado la convención, pudiendo también constituir un principio de ejecución. Son éstas las arras llamadas confirmatorias, que algunos incluyen en el concepto de la pena convencional presentándola como una especie de ésta. Se contrapone esta especie de arras a la llamada *arra poenitentialis*, la cual presupone que las partes se hubieren reservado la facultad de rescindir el contrato y significa la pena por esta rescisión. Ahora bien, como suele ocurrir que al pactar las arras las partes no determinen su función concretamente, el Código sienta la regla de que, en la duda, deben las arras presumirse confirmatorias. «Cuando no resulte ser otra la voluntad de los contrayentes, lo que se da anticipadamente al celebrar un contrato se considera como caución por el resarcimiento de daños, en caso de incumplimiento del mismo, y se llama arras» (art. 1.217). Habrá, pues, que excluir el derecho de rescisión y admitir siempre en la otra parte el derecho a exigir el cumplimiento del contrato, por lo cual es evidente que ésta deberá restituir las arras cuando el contrato se cumpla, a no ser que la cosa recibida se impute en la prestación. Pero la parte no culpable puede preferir el incumplimiento; en tal caso retendrá las arras recibidas y si fué ella quien las dió podrá exigir el doble de lo dado (art. 1.217, párr. 1.º).

II. *Medidas conservativas.*—Si en un sentido muy amplio,

arra (en *Enc. Giur.*); Senn, *La dation des arrhes* (*Nouv. rev. hist.*, XXXVII, 1913, páginas 575 y siguientes); Calogiron, *Die Arrha im vermögensrecht*, Leipzig, 1911. Sobre el arra penitencial, Carusi, *Sul fr. 38 del libro deà dir. siro-rom.* (*Bull. Ist dir. rom.*, XXVIII, pág. 261).

(1) *Pand.*, II, 1, § 352, pág. 264.

en las medidas conservativas que el acreedor está autorizado a adoptar para conservar y asegurar la eficaz actuación de su crédito pueden incluirse todos los remedios encaminados a mantener aquél en vigor (como el exigir el reconocimiento del título, realizar actos interruptivos de la prescripción), en un sentido más riguroso deben considerarse tales sólo aquellos medios que tienden a mantener íntegro el patrimonio del deudor; impedir que valores integrantes de éste salgan del mismo, o que valores a él debidos no entren en él por negligencia o dolo del deudor; bienes éstos que constituyen la garantía del acreedor. A este fin se otorgan al acreedor por la ley facultades para exigir el poner sello a los objetos en el acto de la apertura de la sucesión del deudor (Código de Procedimiento civil, art. 848, núm. 4); la separación del patrimonio del deudor difunto del heredero (Código civil, artículos 1.032, 2.054 y siguientes); de intervenir en la división de bienes en que participa el deudor y de oponerse a la que se verifique sin su concurso (artículos 680 y 987); de intervenir en el juicio de caducidad por abuso que el nudo propietario intente contra el usufructuario (art. 516), y, por vía general, de intervenir en todo juicio incoado contra el deudor para impedir fraudes y eventuales daños a sus acreedores.

De entre todos estos medios, dos merecen más detenido examen por su notable importancia: uno, consistente en subrogarse el acreedor en el lugar del deudor para ejercitar los derechos y acciones que a este último corresponden cuando el deudor, descuidando su ejercicio o protección, atente a un mismo tiempo a la integridad de su patrimonio y a la garantía que el mismo representa para sus acreedores (*acción subrogatoria*); el otro, consistente en hacer anular los actos de disposición fraudulentamente realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores (*acción revocatoria*).

a) *Acción subrogatoria* (1).—Las múltiples dudas que susci-

(1) Labbé, *De l'exercice des droits du débiteur par son créancier* (*Rev. crit. de législ. et jur.*, 1856, páginas 208 y siguientes); Bonnier, en *Rev. prat.*, I, páginas 97 y siguientes; Ferrara F., *Natura giur. dell'az. subrogatoria* (*Foro it.*, 1904, páginas 1.401 y siguientes); Cantoni, *L'az. su-*

ta en cualquiera de sus puntos la doctrina relativa a esta acción, se reducen todas en esencia a las que origina la naturaleza y funciones de la misma en nuestro Derecho.

«Los acreedores—declara siguiendo al Código francés, artículo 1.166—, el art. 1.234 para la consecución de lo que se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones del deudor, excepto aquellos que son inherentes a su persona». Nada añade el Código a esta declaración; no se sabe, por tanto, si aquel fin («para la consecución de lo que se le debe»), que el art. 1.234 designa como propio de la acción que estudiamos, es un fin directo e inmediato o un fin indirecto y mediano o futuro de aquélla. Según sea el carácter del fin que le es atribuido, cambia, en opinión de algunos, la naturaleza y funciones de la acción y también los requisitos que para su ejercicio se exigen. Afirman los más que la facultad de ejercitar las acciones y derechos correspondientes al deudor desempeña una función *conservadora*, tendiendo y limitándose a impedir que el patrimonio del deudor mengüe o no aumente por la inacción de su titular, que descuida la protección de sus créditos y el ejercicio de sus acciones. Dicen otros, invocando especialmente los precedentes históricos de la acción (que encuentra su primer germen en el *pignus in causa iudicati captum*, pero su inmediato precedente en el antiguo Derecho francés), que su función es solamente ejecutiva, porque más bien que perseguir el reingreso en el patrimonio del deudor de cuanto les corresponde, tiende a realizar el crédito del acreedor, a conseguir directa e inmediatamente este último, lo que le es debido mediante una apropiación de aquellos bienes y valores que el deudor, de otro modo, hubiera dejado perder para sí y para sus acreedores.

Si esta tesis fuese cierta, el estudio de tal acción no sería de este lugar, si no que correspondería al estudio de los medios de

rogatoria, en *dir.civ.it.*, Milano, 1908, y en *Riv.dir.comm.*, V, 1907, páginas 43 y siguientes; Zucconi, *L'origine storica dell'az. surrogatoria sur* (*Riv.dir.civ.*, II, 1910, páginas 749 y siguientes), *Natura ed effetti dell'az. rogatoria* (*Foro it.*, 1913, I, páginas 560 y siguientes), Rotondi, *Azione surrogatoria* (en *Cod.civ.ann.*, III, páginas 342 y siguientes).

ejecución. Pero tampoco la primera opinión es del todo exacta. Lo cierto es que la acción subrogatoria realiza ambas funciones según se limite a conservar íntegro el patrimonio del deudor, haciendo reingresar en él bienes abandonados por su titular, y sobre los cuales actuará más tarde ejecutivamente o vaya más allá e implique la apropiación inmediata de tales bienes por el acreedor, que, sin hacerlos reingresar previamente en el patrimonio del deudor, los adquiere inmediatamente, satisfaciendo así su crédito. En la segunda hipótesis, su función conservadora queda como absorbida en la ejecución inmediata y directa del deudor; los dos momentos de la conservación del patrimonio para que el acreedor consiga lo que le es debido y el de esta consecución misma se unifican, sin que no obstante (por lo menos conceptualmente), el primero desaparezca, hallándose más bien en la relación de medio a fin.

En su doble función, la subrogatoria constituye un eficaz remedio contra la inacción del deudor, que, procediendo así por malicia o negligencia, atenta no sólo a sus propios intereses, sino también a los del acreedor. Este, sustituyéndose a aquél, protege en los créditos del deudor los propios créditos, obra como representante del deudor (*nomine debitoris*) y ejercita los derechos y acciones que corresponden al deudor en su propio interés.

Las condiciones en que la acción subrogatoria es concedida son: 1) una maliciosa y negligente inacción del deudor, cuya intensidad deberá valuarse en cada caso, pero que debe tener una cierta gravedad en cuanto amenace los derechos y acciones del acreedor, sin que pueda consentirse a éste intervenir arbitraria e intempestivamente en el caso de un leve descuido del deudor en proteger los créditos y acciones de su patrimonio; 2) un interés del acreedor, es decir, además de la existencia de un crédito (el cual puede no ser actualmente cierto y exigible), un razonable temor de insolvencia; y comoquiera que no se prescribe la previa excusión de los bienes del deudor, deberá excluirse la subrogación cuando el patrimonio del deudor ofrezca suficiente garantía; 3) un derecho o una acción del deudor contra tercero, que

represente o sea susceptible de transformarse en un valor patrimonial, apropiable actualmente o en el futuro por el acreedor.

Este último requisito da lugar, más que otro alguno, a dificultades más bien teóricas que prácticas para designar en una fórmula única los derechos y las acciones que no dan lugar a la subrogación. Excluida, en efecto, la posibilidad de que el acreedor sustituya al deudor en todas sus actividades, aunque sean éstas de carácter patrimonial (lo cual transformaría la garantía otorgada al acreedor en una invasión arbitraria de la esfera de actividad ajena), y admitiendo que la subrogación procede en el ejercicio de derechos y acciones de contenido y carácter patrimonial, no sirve mucho para determinar cuáles sean los derechos y acciones no susceptibles de la subrogatoria la frase del artículo 1.234, «derechos que son exclusivamente inherentes a la persona del deudor». Inherentes a la persona son todos los derechos familiares (por ejemplo, acción de desconocimiento de la prole, acción de separación conyugal, de nulidad de matrimonio, de reclamación de estado), y, sin embargo, entre ellos hay algunos que pueden ejercitar los acreedores (por ejemplo, acción de desconocimiento o de reclamación de estado cuando ofrecen un contenido patrimonial). No se diga tampoco que todos los derechos patrimoniales son susceptibles de subrogación, porque muchos que no se transmiten a los herederos no pueden tampoco ejercitarse por los acreedores, y algunos son transmisibles hereditariamente, y, sin embargo, no susceptibles de ser ejercitados por otros.

La fórmula más aceptada es la que excluye de la subrogación todos aquellos derechos que carecen de valor económico actual y aquellos otros que, en virtud de una disposición de ley o por su naturaleza o fin, sólo pueden ejercitarse por su titular. Otra fórmula excluye todos los derechos no patrimoniales, y, de los patrimoniales, los insecuestrables y aquellos cuyo ejercicio supone la estimación de un interés moral. Entre estos últimos, figuran las acciones por daños derivados de delito contra la persona o la revocación de donaciones por causa de ingratitud, la acción de separación de bienes entre cónyuges.

Se discute también si a los citados requisitos debe añadirse el de una previa autorización judicial para que el acreedor pueda ejercitar las acciones que al deudor corresponden. Del silencio del art. 1.234 hay que deducir, y se deduce, en efecto, la innecesidad de la misma. A esto suele objetarse, por una parte, que no siendo lícito a nadie hacerse justicia por sí mismo, no podrá el acreedor por su sola voluntad actuar sin ser autorizado previamente por el Juez; por otra, que el art. 949 del Código civil ofrece una prueba de la necesidad de la autorización judicial, porque, según dicho precepto, el acreedor que quiera aceptar una herencia a la que su deudor hubiere renunciado, necesitará la autorización judicial. Pero tales argumentos no son del todo irrefutables; y tampoco es muy convincente la distinción que algunos hacen, según la cual, si la subrogatoria funciona como medida conservadora, no se requerirá para su ejercicio la citada autorización; en cambio, si su función es ejecutiva, habrá que obtener ésta.

Acción revocatoria o pauliana (1).—Cuando la conducta del deudor no consiste en una simple inacción, si no que va más lejos y se traduce en actos dispositivos que disminuyen fraudulentamente su patrimonio en perjuicio de los acreedores.

Surge una nueva forma de tutela preventiva más enérgica aún que la anterior: es la llamada acción revocatoria o pauliana. Dos remedios otorgaba el Derecho romano clásico contra los actos realizados por el deudor en fraude de sus acreedores: la *actio pauliana* y el *interdictum fraudatorium*, cuyas relaciones, desde el punto de vista cronológico y desde el de su eficacia, han sido

(1) Bédarride, *Du dol et de la fraude*, 4.^a ed., 1886; Guillouard, *Etude sur l'action paulienne*, Caen, 1869; Majerini *Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in frodi dei creditori*, con notas de Giorgi, 4.^a ed., Florencia, 1912; Puglia, *Dell'azione pauliana*, Nápoles, 1888; Simoncelli, *Note critiche sull'azione revocatoria* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, V, 1888 páginas 379 y siguientes; Brezzo, *La revoca degli atti fraudolenti*, Torino, 1892; Satta, *Atti fraudolenti in danno dei creditori* (en *Enc. Giur.*); De Palo, *La revocatoria per frode nel rec. studi civil* (Filang, XXIV, 1899, páginas 81, 177, 254 y siguientes); Traviesas, *La acción pauliana* (*Rev. gen. de Legisl. y Jurisp.*, 1920, páginas 97 y siguientes).

objeto de viva controversia por parte de los romanistas. Justiniano los fundió en la acción pauliana, y de ésta deriva la moderna acción revocatoria de que se habla en el art. 1.235 (1).

«Pueden también los acreedores impugnar en su propio nombre los actos que el deudor pueda realizar en fraude de sus crédito» (Código de Comercio, arts. 707-711).

Su fundamento es el derecho que a todo acreedor compete de evitar la disminución de su garantía constituída por los bienes todos del deudor. Pero ¿cuál es su naturaleza y su fin? La acción revocatoria justiniana (abstracción hecha de los caracteres especiales de los dos remedios que intervinieron en su formación), reconoció su fundamento en el hecho delictivo de la *fraus creditorum*; la obligación del tercero, demandado con la pauliana, nacía *ex delicto*, porque el delito consumado mediante el fraude, era que el pretor pretendía castigar por la introducción

(1) Schey, *Zur Geschichte der actio pauliana und des interdictum fraudatorium* (Sav. Stift, XIII, páginas 120 y siguientes); Bellavite, *L'azione pauliane del dir. rom.*, Padova, 1881; Serafini, *Della revoca degli atti fraudolenti*, Pisa, 1887-9; Lenel, *Edictum perpetuum*, §§ 225, 268; *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im Klass. röm. Recht*, Leipzig, 1903; Leoni, *L'actio Pauliana nel dir. rom.* (Arch. giur., XV, páginas 222 y siguientes); Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti* (St. edoc di St. e dir., XXIII, 1903); *La rev. degli atti fraudolenti del deb. nel dir. rom. class.* (Bull. ist. dir. rom., XV, páginas 127 y siguientes). Según la opinión más difundida, el que primeramente apareció fué el *i fraudatorium*, que debió tener menos amplitud y eficacia que la *a pauliana* aparecida más tarde. Solazzi, en numerosos escritos resumidos en el primero de sus dos trabajos citados, intentó demostrar que la *pauliana* precedió al interdicto, el cual tuvo más amplia esfera de aplicación que aquélla. La *a. pauliana* debió ser en el derecho clásico una acción meramente penal para sancionar el acto delictivo de la *fraus*, cuya represión se operaba no ya rescindiendo el acto fraudulento de la enajenación, sino declarando al *fraudator* responsable del daño. En cambio, el interdicto tenía función rescisoria y restitutoria, revocando los actos fraudulentos y haciendo reingresar en el patrimonio del deudor cuanto por efecto del fraude hubiera salido del mismo. Contra tal construcción se pronunció Lenel, que atribuye a la *a. pauliana* del derecho clásico funciones rescisoria y restitutoria. Una réplica a Lenel se contiene en el segundo trabajo de Solazzi. Sobre el origen del nombre de la acción: Collinet, *L'origine byzantine de la paulienne*, 1919.

de tales remedios. Surgió, así, una responsabilidad directa de todos los partícipes del fraude, consistente en el resarcimiento del daño; consecuencia de tal concepto, era la facultad conferida al tercero de eludir esta responsabilidad, restituyendo cuanto adquirió del patrimonio del deudor. Sobre esta base se fundamenta por los modernos civilistas el remedio consistente en la acción que estudiamos en su estructuración actual. Y, porque, como se dirá más adelante, si el fraude es preciso que se dé en el deudor y en el tercero, cuando se trate de actos a título oneroso, y basta con que se dé en el deudor solamente, cuando el acto es gratuito, porque en tal caso el donatario realizaría con respecto al acreedor un enriquecimiento injusto, se suele invocar un doble principio como fundamento de esta acción: el delito del tercero partícipe en el fraude, el enriquecimiento injusto del tercero que no participó en el mismo. El fundamento jurídico de la acción residiría, pues, en una obligación *ex delicto* o *ex iniusta locupletatione* y su carácter sería el propio de todas las acciones que se dan para obtener el resarcimiento.

Más en armonía con la fórmula del art. 1.235 y sus precedentes, está la teoría que le atribuye carácter y función de acción rescisoria (1). Dirigida a revocar los actos de disposición fraudulentamente efectuados por el deudor, es, o constituye una verdadera impugnación de tales actos y su fin es privarles de eficacia, anulándolos. Y es la ineficacia de la adquisición hecha por el tercero por efecto del fraude del deudor, el fin que persigue la acción que estudiamos, que hace entrar de nuevo en el patrimonio de aquél, cuanto de él salió a consecuencia del acto dispositivo: su fin es la revocación y no la condena al resarcimiento.

Los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción revocatoria son los declarados en parte por el art. 1.235 (que mejo-

(1) Por esto, según Solazzi, *Revoca*, pág. 37, la moderna *a. pauliana*, en cuanto tiende a rescindir la adquisición fraudulenta en interés del acreedor perjudicado, reproduciría más bien el contenido del *interdictum fraudatorium*, aunque haya adoptado el nombre del otro de los dos remedios pretorios. Véase, del mismo, *Della natura dell'azione revocatoria* (Legge, 1903, pág. 1.176).

ró y completó el correspondiente art. 1.167 del C. fr.), productos de la doctrina y de la jurisprudencia; pueden agruparse en torno a los cuatro elementos fundamentales: crédito que la acción protege, resultado dañoso, fraude, acto que se impugna.

α) *Crédito*.—Corresponde la acción a todo acreedor, ya sea quirografario o hipotecario y aunque el crédito no hubiera vencido (pero no cuando el crédito se hallare sujeto a condición suspensiva), y le corresponde en su propio nombre en cuanto resulta perjudicado por el acto que impugna. Pero el crédito debe ser de fecha anterior al acto que se impugna, porque solamente en este caso se puede hablar de perjuicio causado por el acto dispositivo fraudulento; el acreedor que hubiere adquirido el crédito después del acto dispositivo, no puede considerarse perjudicado por la enajenación, ya que al surgir el crédito después de aquella, nació ya con su garantía disminuida. Para probar la anterioridad, habrá que atenerse a las normas del sistema de pruebas y en particular a las contenidas en los artículos 1.317 y 1.327, relativas a los documentos públicos y privados.

β) *Eventus damni*.—Para que el acto alienativo sea impugnabile, precisa que haya causado perjuicio al acreedor: tal perjuicio (que es el elemento objetivo) consiste en que el deudor devenga insolvente por efecto inmediato o mediato de aquél acto, en haber disminuído de tal modo su patrimonio, que haga imposible, o cuando menos dudosa, la satisfacción del crédito. Entre el acto impugnado y el daño debe haber, pues, un nexo causal. Quien acciona debe probar la insolvencia y es admitido cualquier medio y no solamente la previa e infructuosa excusión en los bienes del deudor.

γ) *Consilium fraudis*.—Aunque sea perjudicial al acreedor, no será impugnabile el acto dispositivo sino fué realizado con fraude. Se discute mucho entre los autores en qué consiste el *consilium fraudis*. Algunos exigen que en el deudor que enajena exista la intención de perjudicar a los acreedores (*animus nocendi*), privando a éstos de su natural garantía; otros, y son los más, consideran innecesaria en cambio esta intención, bastando en su concepto la conciencia de causar daño. Y esta es la opinión pre-

ferible: la conciencia de causar daño, es decir, la previsión del perjuicio se concreta en el hecho de que el deudor conozca su insolvencia actual o aquélla a que lo reducirá la disposición patrimonial (1). Ahora bien, este elemento subjetivo si es necesario siempre en el deudor, no es exigido siempre en el tercero adquirente; según una distinción admitida ya por el Derecho romano y común, si bien no expresamente formulada por el Código francés, en los actos onerosos al fraude del deudor debe sumarse el del tercero, y en cambio en los gratuitos basta con el fraude del deudor. Así, de modo explícito y aclarando las incertidumbres a que dió lugar el Código francés, el art. 1.235, párrafo 1.º del italiano establece. «Tratándose de actos a título oneroso el fraude, debe concurrir en ambos contrayentes si se trata de actos a título gratuito, basta con que sólo el deudor proceda fraudulentamente.

La razón que generalmente se señala a esta distinción es la diversidad de posición jurídica del adquirente a título oneroso y del adquirente a título gratuito. En el conflicto entre el interés del acreedor y el del donatario debe prevalecer aquél sobre éste porque el acreedor que impugna el acto, tiende a evitar un daño injusto (*certat de damno vitando*), mientras que el donatario se propone conservar un lucro (*certat de lucro captando*); es, pues, justo, que aún cuando éste no sea culpable de fraude, la enajenación gratuita deba ceder ante el interés prevalente del acreedor.

Por el contrario, si al tercero costó la adquisición un cierto sacrificio, su posición es semejante a la del acreedor, ambos luchan por evitar un daño, y cuando el tercero no hubiera procedido fraudulentamente, no hay razón alguna para otorgar preferencia al acreedor. El tercero conservará la adquisición, porque

(1) La oposición entre el *animus nocendi* y la conciencia de perjudicar no es tan clara y neta como puede parecer y creen los propugnadores de ambas doctrinas. Prácticamente ocurre que quien tiene conciencia de la propia insolvencia, y, por tanto, de perjudicar, tiene también intención de causar daño: de tal conciencia se puede deducir el *animus nocendi*. Participo en esta materia de las opiniones de Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 497, n.

en igualdad de condiciones debe ser preferido quien posee; sólo cuando hubiere procedido fraudulentamente también, siendo más fuerte en este caso la posición del acreedor se le autoriza a exigir la revocación (1).

ð) *Actos impugnables*.—El punto más delicado de toda la doctrina es el que concierne a la determinación de los actos impugnables. Para hacer dicha impugnación, los actos deben ser una enajenación patrimonial. Abstracción hecha de los anteriores requisitos (y excluyendo todas las enajenaciones anteriores al crédito no determinantes de la insolvencia o no realizadas con fraude); no todas las enajenaciones autorizan el ejercicio de la acción pauliana, ni es lícito tampoco atribuir a la palabra «enajenación» un significado demasiado restringido. Es enajenación no sólo la transmisión de una cosa o de un derecho a otra persona (2), sino también su abandono por el deudor para que otro pueda adquirirlos, y no sólo se halla protegido el acreedor contra la efectiva y actual disminución del patrimonio del deudor, sino contra todo acto del deudor que tienda a hacer más gravosa la condición económica de aquél, como el contraer obligaciones y otras cargas patrimoniales. Se incluyen consiguientemente las renunciaciones de derechos y constituyen un ejemplo importante la renuncia a la herencia (art. 949); la renuncia a hacer valer

(1) En algunos casos es dudoso, si se requiere, el fraude de ambos contrayentes o basta sólo el del deudor. Así, por ejemplo, en la constitución de la dote, y ello porque hay que decidir previamente si se trata de un acto oneroso o gratuito. Leone, *La costituzione di dote agli effetti dell'art. 1.235* (Filang, 1911, páginas 517 y siguientes).

(2) Se discute si la *datio in solutum* se puede impugnar con la *a. pauliana*. Según algunos, es susceptible de revocación sin más, y según otros lo es solamente cuando el valor de la cosa dada en pago supera el de la obligación que se quiere extinguir. También se muestran divergentes los mantenedores de esta última opinión, admitiendo algunos la revocación sólo por el excedente de valor y otros, en cambio, la total. Butera, *L'azione revocatoria e la datio in solutum* (*Foro it.*, 1918, I, páginas 175 y siguientes); Carnelutti, *Azione pauliana e dazione in pagamento* (*Riv. dir. comm.*, 1917, II, páginas 626 y siguientes); Solazzi, *Consilium fraudis e dazione in pagamento* (*Foro it.*, 1917, I, páginas 404 y siguientes).

la prescripción (art. 2.112) (1). Se discute vivamente si se pueden incluir los actos de mera omisión y los que impiden realizar una adquisición.

El Derecho romano excluía de la pauliana las renunciaciones de adquisiciones futuras (2); e igual principio debe estimarse vigente por la fundamental consideración de que la omisión de una adquisición, aun cuando obedezca a la voluntad de perjudicar a los acreedores, no ataca la integridad patrimonial ni disminuye el patrimonio que el deudor tenía al contraer la obligación y tampoco habría en ella un acto concreto y positivo que hubiera que revocar. En estos casos podrá aplicarse mejor la acción subrogatoria.

Por el contrario, no pueden impugnarse los actos que constituyen una disminución patrimonial, pero que reconociendo por causa un vínculo contraído anteriormente representaban ya una virtual disminución del patrimonio; ejemplo: el pago de obligaciones vencidas, ya sean naturales o civiles. Ni tampoco por otro motivo son impugnables los actos concernientes a los derechos cuyo ejercicio, por su naturaleza o por precepto legal, se reserva a la persona del deudor; en tal caso se aplican las limitaciones ya estudiadas al tratar de la acción subrogatoria, cuyo criterio decisivo es común a la pauliana en este punto.

Si la pauliana, conformemente a su fin, se propone la revocación del acto fraudulento, su efecto es restaurar la integridad patrimonial del deudor en forma que los acreedores pueden ejercitar sus acciones sobre los bienes que salieron del patrimonio o sobre sus equivalentes. Pero como quiera que protege al acreedor perjudicado por el acto, la revocación no puede aprovechar más que a aquel que la intentó ni puede producir efecto

(1) Sobre los artículos 949 y 2.112, en relación con el 1.925, véase Atzeri, *Delle renunzie*, 2.^a ed., Turín, 1915, páginas 673 y siguientes).

(2) Ulpiano, fr. 6. D. 42. 8. «Quod autem eum possit aliquid quodere, non id agit ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet: pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum non ad eos qui id agunt ne locupletentur»; fr. 134, pr. D. 50. 10. «Non fraudantur creditores, cum quid non acquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminiatur».

más amplio que el que exige su propio fin; esto significa que el acto dispositivo será revocado en los límites y en la medida del perjuicio causado al acreedor. La acción se intenta contra el tercer adquirente y sus herederos; no puede, en cambio, intentarse contra el tercero mediato. Sin embargo, también contra el tercer poseedor o tercero mediato, como suele llamarse, produce efecto la revocación; una vez produzca efecto la revocación frente al adquirente que contrató con el deudor, lo produce también contra los sub adquirentes, exceptuándose de éstos sólo los que hubieren adquirido derecho sobre los inmuebles anteriormente a la transcripción de la demanda de revocación sin tener participación en el fraude, y ya sea su adquisición hecha a título oneroso o lucrativo (art. 235, párr. 2.º (1)).

Los principios expuestos son los de la pauliana en el orden civil. La acción pauliana está sujeta a especial regulación cuando se trata de deudores comerciantes; a causa de la mayor protección que el crédito requiere en las relaciones mercantiles, surge por razón de la quiebra a que están sujetos dichos deudores un régimen legal más riguroso que el establecido para los deudores civiles, en cuanto que los actos de aquéllos que implican una disminución o modificación del patrimonio se presumen hechos en fraude de los acreedores y se revocan en favor de la masa de los mismos. Sentado el principio según el cual son nulos de pleno derecho todos los actos y operaciones del quebrado y todos los pagos por él efectuados después de haberse pronunciado la sentencia declarativa de la quiebra (art. 707 del Código de Comercio), y lo son también respecto a la masa de los acreedores todos los actos y enajenaciones a título gratuito posteriores a la fecha en que suspendió pagos, así como también los pagos de deudas no vencidas realizados luego de dicha fecha mediante dinero, traspaso, venta, compensación, etc. (art. 707, párr. 1.º), hecha alusión al precepto del art. 1.235 del Código civil, relati-

(1) En lo relativo a los adquirentes, véase Coviello, *L'ultimo epv. dell'art. 1.235 c. c.* (Filang, XVII, 1892, I, pág. 290, II, páginas 353 y siguientes); Brezzo, *Sulla condizione dei terzi mediati di fronte agli istituti dell'az. revoc.* (Giur. it., 1895, IV, páginas 1 y siguientes).

vamente a todos los actos, pagos y enajenaciones hechos en fraude de los acreedores, cualquiera que sea el tiempo de su realización (art. 708), el Código de Comercio sienta una presunción general de fraude en orden a todos los actos que de cualquier modo disminuyan o modifiquen el patrimonio, siempre que se realicen en período sospechoso. Dos momentos son en este respecto decisivos, anteriores y más o menos próximos a la declaración de la quiebra: uno más remoto, que es el de la fecha de suspensión de pagos; el otro más próximo, constituido por el período de los diez días anteriores a la declaración de la quiebra. Correspondientemente a estos momentos se exigen o no determinados requisitos para que dicha presunción sea aplicable. No se exigen tales requisitos en orden a los actos, pagos y enajenaciones hechas a cualquiera título en los diez días que preceden a la declaración de la quiebra (art. 709, párr. 1.º), porque en este caso la inmediata proximidad del acto a la declaración de la quiebra determina una certeza casi absoluta de fraude del mismo. Cuando se retroceda a la fecha de suspensión de pagos, la presunción sólo tiene lugar en determinadas condiciones y serán anulados: los actos, pagos, enajenaciones a título oneroso, si el tercero tenía conocimiento de la suspensión de pagos del comerciante, aunque éste no hubiere sido aún declarado en quiebra; los actos y contratos conmutativos en los cuales los valores dados y las obligaciones asumidas por el quebrado excedan notablemente a lo que le fué dado o prometido; los pagos de las deudas vencidas y exigibles que no hayan sido pagadas con dinero o efectos comerciales; las prendas; las anticresis e hipotecas constituidas sobre los bienes del deudor (art. 709, números 1, 2, 3 y 4). No se incluyen, en cambio, en la presunción de fraude las inscripciones hipotecarias hechas en virtud de un título reconocido válido, siempre que fueren anteriores a la sentencia declarativa de la quiebra. Esta presunción es *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario (art. 709), correspondiendo al deudor o al tercer adquirente demostrar que el acto no fué realizado con intención fraudulenta. Finalmente, en cuanto al pago de obligaciones cambiarias, el art. 711 preceptúa que, respecto a las

letras de cambio pagadas después de la sentencia declarativa de la quiebra, la acción para obtener la restitución de lo pagado puede promoverse solamente contra el último obligado que tuviere conocimiento de la suspensión de pagos al tiempo en que fué girada la letra (1). Hay que tener presente, además, el artículo 9.º de la ley de 24 de Mayo de 1903, núm. 197, sobre el concordato preventivo y el procedimiento de las pequeñas quiebras que completan la regulación de la pauliana en el régimen comercial.

III. *Medios de ejecución* (2).—El momento culminante de la manifestación de la *necessitas* del vínculo obligatorio es aquel en que el acreedor, a falta de cumplimiento voluntario del deudor, recurre a los medios ejecutivos. Desde un punto de vista abstracto es indiferente que el incumplimiento obedezca a la voluntad del obligado o a su falta de medios económicos; pero prácticamente tiene enorme importancia que el deudor no *quiera* pagar o sea total o parcialmente *insolvente*, porque en este segundo caso, aunque el crédito subsista, su satisfacción por medios ejecutivos es imposible.

Estos medios son la ejecución forzosa en los bienes, ya que la de la persona no se admite, y una ejecución que sólo indirectamente satisface el crédito.

Nuestra legislación admitió solamente la ejecución en los bienes y abolió la personal, desterrando los antiguos e inhumanos procedimientos de esta última (3). Último vestigio de ésta

(1) Bonelli, *Il sistema revocatorio nell diritto fallimentare* (Riv. italiana p. le Sc. giur., XIX, 1895, páginas 289 y siguientes).

(2) La doctrina referente a la ejecución no pertenece al Derecho civil, sino al procedimiento; no son oportunos por esta razón los preceptos del art. 2.076 y siguientes del Código civil que tratan de la expropiación forzosa de inmuebles, de la graduación y de la distribución del precio entre los acreedores. Solamente se justifica en parte su colocación en el Código civil por el estrecho nexo que los enlaza con el régimen de publicidad inmobiliaria.

(3) Para la exposición de los medios de ejecución y del procedimiento coactivo en la antigüedad y en la Edad Media (esclavitud del deudor, pignoración de personas libres, privación de sepulturas, repre-

fue en nuestro Código la prisión por deudas (Código civil, artículos 2.093-2.104; Código de Procedimiento civil, artículos 750 y 777), que los Códigos italianos anteriores acogieron todos, y alguno (como el Código napolitano, artículos 1.931 y siguientes) de modo tan amplio y con tan escasas garantías de la libertad personal del deudor, que puede considerarse abandonada al arbitrio de los particulares. Era éste un medio considerado particularmente eficaz para constreñir al deudor a pagar o para impedirle contraer obligaciones cuyo cumplimiento no le era posible. Pero como tal eficacia en la práctica resultaba muy dudosa y por otra parte repugnaba al sentimiento y a la dignidad humana privar al deudor, a instancia del particular, aunque con la intervención del juez, de la libertad personal, la prisión por deudas civiles o mercantiles, admitida antes muy limitadamente, fué abolida por la ley de 6 de Diciembre de 1877, núm. 4.166, y sólo fué conservada con carácter excepcional para la ejecución de las condenas pronunciadas en los juicios criminales y por las restituciones, resarcimientos y reparaciones debidos por los autores y cómplices de crímenes y delitos.

Ejecución generalmente indirecta (1); y en efecto, de las tres clases de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, las dos últimas no son susceptibles de ejecución directa por no ser posible constreñir a la persona obligada a realizar el acto debido o a impedirle que realice el prohibido. Ni siquiera externamente es directa la ejecución si en las obligaciones de hacer el acreedor permite que otros realicen (lo que por otra parte no es siempre

salias) véase Salvioli, *Storia del dir. it.*, 8.^a ed., 1921, páginas 713 y siguientes; Baumgart, *Entwicklung der Schuldhaft nach. it. Recht des Mittelalters*, 1914.

(1) Diversamente en el derecho germánico (Reg., § 888) y en el austriaco (Reg., § 335), que hacen posible la realización coactiva de las obligaciones de hacer. Sobre la cuestión de la ejecución y de sus imperfecciones, cfr. Menger, *Beiträge zur Lehre von der Execution (Arch. f. civ. Pr.*, LX, páginas 379 y siguientes); Ziebarth, *Die Real execution un die obligation*, Halle, 1886; Rocco, *Il fallimento*, Torino, 1917, páginas 11 y siguientes errara, *L'esecuzione processuale indiretta*, Nápoles, 1915; Saffatti, *Per una maggiore tutela delle obbli. di fare o di non fare (Studi per Chironi, 1)*.

posible), la prestación debida por el deudor, ya que contra éste se deberá en definitiva accionar para el reembolso de gastos y para obtener el debido resarcimiento del daño (art. 1.220); y apenas constituye un principio de ejecución directa la facultad otorgada al acreedor en las obligaciones de no hacer, de destruir lo hecho por el deudor contraviniendo a la prohibición, ya que en tal caso el deudor sólo es responsable de los gastos y perjuicios causados (art. 1.222). Del mismo modo la obligación de dar no se presta tampoco a ello por lo general si el «dar» consiste en la transmisión de la propiedad u otro derecho real, ya que siempre que no se trate de sumas de dinero, el Juez no puede atribuir al acreedor la propiedad de una cosa determinada, aun cuando ésta hubiere sido prometida por el propio deudor, ni puede tampoco el acreedor pedir su adjudicación sin promover su venta. La ejecución es inmediata y directa sobre la cosa en el caso solamente en que el «dar» (y ésta es su más frecuente significación, dado el moderno principio de la suficiencia del mero consentimiento para transmitir la propiedad), implique simple obligación de entregar la cosa que pertenece ya a quien la reclama; se aplica en tal caso el procedimiento para exigir la entrega de muebles (Código de Procedimiento civil, arts. 742 y siguientes); o inmuebles (arts. 745 y siguiente). El procedimiento ejecutivo sobre bienes persigue tan sólo expropiarlos al deudor y realizarlos mediante su venta en subasta, distribuyendo luego el valor obtenido, entre los acreedores.

Es mobiliario o inmobiliario, según se refiera a bienes muebles o inmuebles del deudor, y sujeto a normas procesales muy diversas (para el inmobiliario, Código civil, arts. 2.076-2.089; Código de Procedimiento civil, arts. 659, 707; Código de Comercio, arts. 800, 801; para el mobiliario, Código de Procedimiento civil, arts. 577-658). Ambos puede emplear el deudor siempre que se halle provisto de título ejecutivo (Código de Procedimiento civil, art. 553), y puede optar por uno u otro libremente en virtud de la no vigencia en la actualidad de una norma antigua que exigía que el acreedor se dirigiera primeramente contra el patrimonio mobiliario para poder proceder contra el inmobiliario (art. 2.078).

Contra este último pueden dirigirse, lo mismo el deudor hipotecario que el quirografario, respetando, no obstante, las razones de preferencia que con arreglo a la gradación corresponden al primero; la única limitación (abstracción hecha de los bienes declarados insecuestrables o sustraídos a la ejecución), es la impuesta al acreedor hipotecario, por la que éste no puede proceder a subastar otros inmuebles del deudor, sobre los cuales no tenga hipoteca, sino en el caso de ser los bienes hipotecados en su favor insuficientes (art. 2.080).

Pero siendo libre el acreedor de accionar contra todos los bienes del deudor, debía fijarse un límite a la ejecución excesiva cuando el interés del primero pudiera ser satisfecho íntegramente con menor perjuicio para el segundo. Este límite resulta impuesto por el art. 567 del Código de Procedimiento civil, que faculta al Juez cuando la acumulación de medios ejecutivos resulte excesiva, a reducir el procedimiento autorizando al acreedor para usar del medio elegido por él, o en defecto de elección del acreedor determinado por el propio Juez; contra el exceso de subasta de inmuebles o de pignoración de muebles, fijan un límite los artículos 2.088 del Código civil y 587 del Código de Procedimiento civil que autorizan al Juez a reducir las cuando su valor resulte evidentemente superior al que se necesita para satisfacción del crédito.

Mucho menos sencillo se ofrece el caso inverso, o sea el de que el patrimonio del deudor no baste a satisfacer a los distintos acreedores. Dada la insolvencia del deudor (sobrentendiéndose una insolvencia parcial, ya que en la total el acreedor no tiene otro remedio que resignarse a la pérdida), los principios de justicia exigirían que todos los acreedores sufriesen la proporcional reducción de sus respectivos créditos, respetando, naturalmente, las razones de preferencia derivadas de la existencia de privilegios y derechos reales de garantía. Varias razones aconsejarían también el poner a disposición del deudor medios idóneos para evitar o templar las funestas consecuencias de una ejecución forzosa. A tales exigencias responden las instituciones del procedimiento del concurso, de la cesión de bienes, del *beneficium competentiae*, que reconocidas y reguladas diversamente por las le-

gislaciones antiguas y modernas, no fueron todas acogidas por la italiana, y si lo fueron, con muchas restricciones.

El *procedimiento de concurso* se funda en la presunta igualdad de todos los acreedores, quienes (salvo legítimas razones de preferencia), deben ser tratados igualmente frente al desastre económico del deudor común. No es justo que quien primero promueva la ejecución porque fué más diligente y solícito que los otros, goce de una condición privilegiada respecto a éstos, los cuales, ignorantes de haberse incoado aquélla, no tuvieron posibilidad de tomar parte en la misma y concurrir a la distribución del patrimonio liquidado. La base en que se apoya esta institución, es que todos los acreedores son llamados a intervenir en el juicio ejecutivo, denunciando sus créditos, si quieren conservar la eficacia de los mismos, y están obligados a sufrir proporcionalmente la pérdida derivada de la insolvencia parcial del deudor. Es, pues, un procedimiento único y colectivo que aprovecha por igual a todos y evita que un sólo acreedor absorba en perjuicio de los demás el activo del patrimonio.

Ahora bien, este sistema que modernas legislaciones extranjeras (1) han adoptado, aplicándolo a todos los deudores insolventes, comerciantes o no comerciantes, lo admite nuestra legislación, aplicándolo solamente a los comerciantes, ramificándose en las instituciones de la quiebra y del concordato preventivo (Código de Comercio, arts. 683-687, L. 24 de Mayo de 1903, n. 197 sobre el concordato preventivo y procedimiento de las pequeñas quiebras (2) que pertenecen al Derecho mercantil exclusivamente y que en vano, hasta la fecha, se ha querido extender a las materias civiles (3). En éstas rige el sistema, según el cual, todo

(1) Los ejemplos más notables los ofrecen las leyes concursales alemanas de 10 de Febrero y 20 de Mayo de 1898 y la ley federal suiza de 12 de Enero de 1892. Véanse, además, Kohler, *Lehrbuch des konkursrechts*, Stuttgart, 1891; Seuffert, *Deutsches konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899; Helmann, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, Berlín, 1907.

(2) Las modificaciones a esta ley rec amadas tenían por objeto presentar un proyecto de «reforma de la ley sobre pequeñas quiebras», presentado por Scialoja al Senado el 16 de Febrero de 1910.

(3) Sacerdotti, *Sull'estensione del istituto del fallimento al nom con-*

acreedor que más diligente que los demás, proceda ejecutivamente contra el patrimonio insuficiente, puede agotar todo el activo de éste, haciendo vana la esperanza de los restantes acreedores. El procedimiento de concurso es en esta esfera voluntario, porque la acción ejecutiva es individual: sólo cuando varios acreedores intervienen espontáneamente en el procedimiento iniciado por uno de ellos, se procederá, si los créditos no son privilegiados, o si lo son, igualmente, a la distribución proporcional (1).

La *cessio bonorum*, introducida en el Derecho romano al principio del imperio (2), y acogida por el Código francés (artículos 1.265-1.270), y por alguno de los Códigos italianos anteriores (C. alb. 1.355-1.362), fué una institución cuyo fin era liberar al deudor que cayó sin mala fe en estado de insolvencia, de las consecuencias de la ejecución y sobre todas de la privación de libertad personal. Mediante ella el deudor abandonaba todos sus bienes a los acreedores para que éstos procediesen a su venta y satisficiesen con el precio sus respectivos créditos; si voluntaria, era regulada totalmente por la convención celebrada entre el deudor y los acreedores; si judicial, el abandono hecho por el deudor constreñía a los acreedores a aceptar la cesión. Restringida ya en Francia por leyes posteriores, la institución fué totalmente abolida por el Código italiano.

Tampoco existe hoy el otro remedio que tenía por objeto mitigar los duros efectos del procedimiento ejecutivo el *beneficium competentiae*. Mediante él se socorría en el Derecho romano (3) al deudor insolvente contra el agotamiento íntegro de sus recursos por obra de sus acreedores; a la acción de éstos se fijaba un límite prohibiéndose que el deudor fuese condenado (4) *mercianti*, Padora, 1882; Vivante, *Il fallimento civile*, en *Tratt. dir. comm.*, I, páginas 451 y siguientes.

(1) Para una exposición sintética del sistema con que la ley italiana regula el concurso de varios acreedores en el procedimiento de expropiación cuando el deudor no sea comerciante y para la crítica de este sistema, véase Rocco, *Il fallimento*, páginas 96 y siguientes.

(2) Dig. 42 3 «de cessione bonorum»

(3) § 38, 40, *Inst* 4, 6; frs. 16-18, D. 42. 1; fr. 49, D. 2. 14, etc.

(4) El remedio lo ofrecía ya el juicio de cognición en el cual se limitaba la condena contenida en la sentencia; es dudoso si tenía también

más allá de la medida requerida, para que no le faltasen los medios de subsistencia (*in id quod facere potest*). Sólo constituye una apariencia de protección contra la absoluta indigencia a que puede reducir al deudor y a su familia la acción de los acreedores, la exclusión que se hace de los objetos más imprescindibles en la vida (Código de Procedimiento civil, art. 595), y si se reconoce también la inembargabilidad de las pensiones alimenticias (art. 592) de los estipendios y sueldos (ley de 30 de Junio de 1908, número 335, art. 1.º, salvo algunas excepciones), y si contienen otros preceptos análogos, pero siempre excepcionales (art. 586 y siguientes), es indiscutible que la introducción de un remedio más amplio y general en Italia, sería muy conveniente a ejemplo de las legislaciones extranjeras, y para proteger la pequeña propiedad rural; la admisión y reconocimiento de los bienes de familia inembargables, comprendiendo en ellos la habitación, y el fundo del que el deudor y su familia obtienen su sustento, sería altamente loable (1).

lugar en el juicio ejecutivo. Originariamente el *beneficium competentiae*, consistía en limitar la condena del deudor al *id quod facere potest* evitarle la ejecución personal y la venta de los bienes, con la consecuencia de la infamia; en el D. justiniano su fin fué no privar al deudor de un mínimo para su subsistencia; Zanzucchi *Sul c. de beneficium competentiae* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XXIX, pág. 61 y siguientes). Véase, además, Pampaloni, en *Studi per Schupfer*, I, páginas 57 y siguientes, en *Studi Senesi*, XV, 1898, páginas 293 y siguientes y en *Riv. it. p. sc. giur.*, 411, 1913, páginas 198 y siguientes; Wunsch, *Zur Lehre vom beneficium competentie*, Leipzig, 1897.

(1) Es esta la institución del *Homestead* que se ofrece en algunos Estados de la América del Norte y que fué introducida también en Francia con la ley de 12 de Julio de 1909. Véase Levasseur, *Le Homestead en Amérique* (*Rev. d'ec. pol.*, 1894); Saleilles, *Le Homestead aux Etats Unis*, París, 1895; Cureau *Le Homestead ou l'insaisissabilité de la petite propriété foncière*, París, 1895; Barth *De la constit. d'un bien de famille insaisissable en France*, París, 1910; Osmond, *Le bien de famille et la loi die 12 Juillet, 1909* París, 1910. En nuestra legislación se puede recordar el precepto de carácter excepcional limitado a Cerdeña de la ley de 2 de Agosto de 1897. número 382 por el que se declaran inejecutables por veinte años la casa y el terreno adyacente y el del art. 27 del Real decreto de 30 de Noviembre de 1919 núm. 2.138, según el cual no se puede proceder a la ejecución forzosa de la casa popular más que en defecto de otros bienes muebles o

inmuebles (excepción hecha de los créditos de los empresarios y obreros) Sobre los intentos de introducción en Italia de la institución, véase Luzzatti, *La tutela economica giuridica e sociale della piccolo proprietà*. Roma, 1913, y su proyecto de la ley 1910 (*Atti parlamentari*, 1910, así como el meritorio trabajo de Neppi. Modona, *Il bene di famiglia insequestrabile*, Firenze, 1912 y la monografía de Maroi, *Il problema della abitazioni popolari*, Milano, 1913, que antes que el Decreto citado proponía la aplicación del *homestead*, a las casas populares.

NOTA DEL TRADUCTOR.—El título XVII del Código civil se ocupa de la regulación «de la concurrencia y prelación de créditos». El capítulo II de este título se refiere a la «clasificación de créditos». El art. 1.922, enumera los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles del deudor; el siguiente enumera los preferentes con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, y el 1.924, los preferentes con respecto a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor. Finalmente el 1.925 establece que «no gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, o por cualquiera otro título no comprendidos en los artículos anteriores». Los artículos 1.926-1.929 regulan la prelación de créditos. Podemos distribuir los acreedores como lo hace Valverde en los siguientes grupos: A) Acreedores singularmente privilegiados (artículos 1.922-1.923). B) Acreedores simplemente privilegiados (art. 1.924) y C) Acreedores comunes (art. 1.925).

Según López de Haro, la retención significa «la acción o el hecho de conservar una cosa en poder del que la tiene en virtud de una facultad jurídica y por propia voluntad» (*El derecho de retención*, pág. 7; Madrid, Editorial Reus 1921). Por tanto, el derecho de retención será aquella facultad

que en nuestro Código civil pueden hallarse en los artículos 194 (si se sigue la opinión del mismo López de Haro, quien dice que «adjudicados los bienes previa declaración de muerte de un ausente, a favor de sus herederos si el ausente vive al recobrar sus bienes entendemos contra la opinión de los jurisconsultos que han comentado nuestro Código civil, que debe abonar las expensas necesarias y que quien las hiciere goza del *ius retentionis*, mientras no se le paguen, id. páginas 179-180, 453-522, 1.600, 1.730-1.747, 1.780 y 1.866.

Pena convencional es aquella que las partes mismas establecen para el caso en que la obligación principal no se cumpla. Parece ser que la *stipulatio poenae* servía para garantizar el cumplimiento de las obligaciones naturales que civilmente no eran exigibles.

Nuestro Código, en el art. 1.152 establece: En las obligaciones con cláusula penal la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.

El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiera sido reservado este derecho. Tampoco podrá el acreedor exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada (art. 1.153).

El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiere sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (artículo 1.154).

La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal art. 1.155). *Arras*. Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta; podrá rescindirse el contrato, allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas (artículo 1.454)

Acción subrogatoria. El art. 1.111 del Código civil, dice: «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, excepto los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

La acción revocatoria. En el Código civil español es (según el art. 1.294) una acción subsidiaria y no podrá ejercitarse, sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. El concepto de acción *pauliana* se contiene en el apartado segundo del art. 1.111. El art. 1.297 establece varias presunciones de fraude. Se presumen fraudulentas, según dicho artículo, las enajenaciones hechas a título gratuito y las hechas a título oneroso por las personas contra las cuales se hubiere pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes. La jurisprudencia ha concedido en esta esfera amplio lugar a la libre apreciación del Juez.

Según el art. 1.295 se exige para el ejercicio de la revocatoria la existencia de un tercer adquirente que no lo sea de buena fe. Si el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores no pudiera devolver lo adquirido, deberá indemnizar a aquéllos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiere ocasionado (art. 1.298).

La ley Hipotecaria en el apartado 3.º de su art. 37, diverge del artículo 1.295 del Código civil. El art. 1.295 declara no proceder la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que hubieren procedido de buena fe. La ley Hipotecaria, en cambio, declara procedente la rescisión en el caso de mala fe del tercer adquirente y cuando *la segunda enajenación se hubiere hecho a título gratuito*. La discrepancia entre el Código y la ley Hipotecaria se patentiza teniendo en cuenta que el adquirente a título gratuito de buena fe, si no ha inscrito no está obligado a restituir la cosa, y en cambio, si ha inscrito, tendrá que sufrir la rescisoria, la cual surtirá efectos contra él. Nótese el absurdo, como dice Morell y Terry, en este caso el que inscribe por el hecho de inscribir, se hace de peor condición que el que no inscribe.

De la ejecución indirecta en bienes muebles e inmuebles no hemos de tratar aquí.

En orden a la cesión de bienes, diremos que una sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 1912 la diferencia con precisión de la dación en pago; en la cesión de bienes no hay una enajenación, sino una entrega de los bienes a los acreedores; el deudor confiere a los acreedores la *posesión y administración* de los bienes cedidos y un mandato (acultándoles para la venta de dichos bienes en beneficio de los cesionarios).

El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del tít. XVII de este libro y a lo que establece la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.175 del Código civil).

CAPITULO XIX

Transmisión de las obligaciones

§ 77.—*Alteraciones subjetivas de la obligación*

Brugi, *Ist.* § 66; *Crome*, *Obblig.* § 21; Chironi, *Ist.* II, §§ 266-267, 270; Zachariae, *Man.* II, § 294; Planiol, *Traité*, II, números 389 y siguientes; Windscheid, *Fand.* II, 1, § 328 (1).

Siendo la obligación un vínculo entre dos personas determinadas, parece a primera vista indudable la lógica imposibilidad de transmitirla de una persona a otra. Y ésta fué, en efecto, la concepción dominante durante largo tiempo entre los romanos. La relación obligatoria considerada como vínculo personal que liga al acreedor y al deudor, no era susceptible de mutaciones subjetivas, porque tal vínculo era estimado como absoluta y estrechamente adherido a la persona, y se creía que el cambio de uno sólo de los términos implicaba una variación del carácter del vínculo, una extinción de la primitiva relación obligatoria, a la cual la nueva substituía. Excepción a esta conceptual intransmisibilidad de las obligaciones la constituía la sucesión hereditaria, en la que créditos y deudas se transferían del difunto al heredero; pero esto ocurría no tanto por idoneidad de las obli-

(1) Además de los escritos de carácter más concreto que se citarán en éste y en los §§ siguientes y en los cuales se estudia el problema de la transmisión de créditos y deudas, véase Kuntze, *Die obligation und Singularsuccession des röm und heut. Rechts* Leipzig, 1856; Dautz, *Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die verträge zu Gunsten Dritter*, Leipzig, 1886. y en *Arch. f. d. civ. Pr.*, LXXIV, páginas 240 y siguientes; Gide, *Etude sur la novation et le transport des creances* en *Dr. civ.*, París, 1879; Blume, *Novation und Schuldübertragung*, Göttingen, 1895.

gaciones para ser transferidas de una a otra persona como por efecto mismo de la sucesión hereditaria, que haciendo subentrar al heredero en el *universum ius* del difunto, lo colocaba en idéntica situación jurídica que éste en orden a todas las relaciones jurídicas y también como acreedor o deudor en las obligatorias.

En principio era, pues, extraña a los romanos la idea de transmisión del crédito o de la deuda, de una sucesión activa o pasiva a título particular; carecían, pues, de medios para operar esta transmisión. Para conseguir, sólo parcialmente, sus efectos prácticos, no les quedaba otro recurso que verter en una obligación nueva el contenido de la primitiva, verificar una novación substituyendo un nuevo acreedor o deudor al acreedor o deudor originarios (1). Y si expedientes menos radicales que éste que implicaba la extinción de la relación obligatoria, fueron adoptados más tarde, como indicaremos en seguida, se limitaron solamente al aspecto activo de la obligación, sirvieron para transferir a otro el provecho o beneficio del crédito, y luego, el crédito mismo, operándose una verdadera sucesión activa a título particular, recibieron una aplicación restringidísima (y algunos afirman que no se aplicaron nunca) en el aspecto pasivo, en orden al cual, las dificultades que se oponían a su transmisión, parecieron insuperables.

Muy diferente, por mucho más amplia, es la concepción del Derecho moderno; es quizá éste el punto en que la moderna obligación difiere más de la romana. Desaparecido el prejuicio de que la relación obligatoria no pueda, sin destruirse, sufrir mutación alguna en las personas; la doctrina moderna aprecia en la obligación y considera elemento esencial de ésta, su contenido patrimonial; y frente a este cometido, las personas del acreedor y del deudor, si bien son elementos indispensables en la relación, carecen (con mucha frecuencia por lo menos), de una im-

(1) Gayo, II, 38, *Obligaciones quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est ut iubente metu ab eo Stipuleris, quae res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis.*

portancia definitiva en orden a su individualidad personal. En otros términos: que el deudor y el acreedor deben existir para que surja la relación obligatoria, es indiscutible; pero no es cierto que ambos deban ser siempre las mismas personas que crearon originariamente la relación, la cual no cambia de naturaleza ni se extingue porque varíe uno de los sujetos que en la misma intervinieron.

Esto es indudable si la variación se refiere a la persona del acreedor, porque (aparte el interés del deudor en tener un acreedor menos exigente y más tolerante), es indiferente para el deudor el pagar a uno o a otro (y el derecho no puede tomar en consideración aquél interés), en cambio, la variación relativa a la persona del deudor, es objeto de graves dudas, porque si la prestación, una vez realizada, tiene idéntico valor económico, sea quien quiera la persona que la hubiere realizado, no es, sin embargo, antes del cumplimiento, indiferente al acreedor el tener como obligado un deudor insolvente; y cuando se trate de prestaciones no fungibles, es de gran importancia a la satisfacción directa del acreedor, la permanencia en el vínculo del primitivo deudor.

Sea de ello lo que quiera, lo cierto es que el Derecho moderno no halla obstáculo alguno a la libre transmisión de las obligaciones, tanto en su aspecto activo como en el pasivo. La transmisión puede operarse activa y pasivamente mediante la sucesión hereditaria; puede también operarse en orden a los dos aspectos mediante sucesión a título particular y por actos *inter vivos*. De esta última nos ocuparemos aquí, porque la sucesión a causa de muerte, encaja en el derecho hereditario.

En su aspecto activo, la transmisión del crédito puede operarse (excepción hecha aquí de las formas de transmisión, propias de los títulos al portador, a la orden y de las obligaciones ambulatorias), mediante las instituciones de la subrogación en el pago y de la cesión. En su aspecto pasivo la deuda puede transferirse mediante la asunción (*accollo*), llamada privada. Ahora bien, si sucesión a título particular en el crédito o en la deuda significa substitución de un nuevo acreedor o deudor a los pri-

mitivos, quedando la relación obligatoria íntegra e inalterada, conviene, antes de examinar los diferentes modos de operarse, indicar las varias instituciones colaterales, que consistiendo en una mutación subjetiva de la obligación, no implican verdadera sucesión técnica, porque una nueva obligación substituye a la antigua que se extingue, o bien un nuevo acreedor o deudor se añaden a los primitivos, que no quedan por este hecho completamente despojados o liberados del crédito o deuda.

a) *Novación*.—De las tres formas de operarse ésta, que como se verá más adelante, es uno de los modos de extinguirse las obligaciones, dos solamente nos interesan ahora, los relativos al cambio del sujeto activo y del sujeto pasivo. Hay, en efecto, la novación llamada subjetiva cuando un nuevo deudor substituye al primitivo, el cual es liberado por el acreedor o también cuando en virtud de una obligación nueva un nuevo acreedor substituye al antiguo con respecto al cual queda el deudor liberado (artículo 1.267, números 2 y 3). Puesto que novación es la transformación de una obligación en otra que substituye a aquélla y la extingue, ninguna de las dos formas de la novación subjetiva tiene el carácter de una verdadera sucesión a título particular en el crédito y en la deuda, a cuyo concepto es esencial la subsistencia de la misma obligación. Es profunda la diferencia existente entre ambos fenómenos en orden a sus respectivos efectos prácticos; al extinguirse mediante la novación la primitiva obligación, se extinguen con ella las garantías reales y privilegios que acompañaban al crédito y también las excepciones y defensas que protegía la deuda; en cambio, si hubiere mera sucesión de una persona a otra en la misma relación obligatoria, subsistirían las primeras y continuarían siendo oponibles las segundas.

b) *Delegación* (1).—Instrumento importantísimo del crédi-

(1) Salpius, *Novation und Delegation nach röm. Recht*, Berlín, 1864; Bernstein, *De delegationis natura*, Berlín, 1865; Gesterding, *Beiträge zur Lehre von der Delegation* (*Arch. f. civ., Pr.* II páginas 227 y siguientes); Dautz, *Die delegatio nominis und delegatio debiti* (*Jahrb. f. d. Dogm.*, XIX, 1881, páginas 69 y siguientes); De Ruggiero, *La delegazione in dir. röm.* (*Arch. Giur.*, LXIII, 1899, páginas 209, 426 y siguientes); *Intorno al con-*

to es la institución de la delegación al que recurrieron frecuentemente los romanos y cuyos principios informan aún actualmente las figuras jurídicas de las transmisiones de créditos y deudas, ofrece aspectos y desempeña funciones diversísimos según los especiales fines que persigue y las relaciones en que se basa. Aunque, en general, tienda a concentrar dos prestaciones entre tres personas, en una prestación entre dos solamente, presuponiendo una doble relación de crédito y deuda que se unifica en una relación única, y si bien con mucha frecuencia ocurre que con la delegación se opera una novación, ésta no se verifica siempre ni es siempre necesaria la preexistencia de la doble relación. Fué un error del Código, justificado por la doctrina tradicional que veía en la delegación siempre una novación (*in delegatione semper inest novatio*) el haber regulado la delegación como una especie de la novación (art. I.271); y como se debe distinguir la delegación *novatoria* de la delegación *simple* o *imperfecta*, así también es oportuno separar la que se basa en una precedente relación obligatoria (delegación *titulada*) de aquella otra que carece de tal base o en que ésta no entra para nada en la operación (delegación *pura*).

En su forma más simple la delegación es una orden dada por una persona a otra para que esta última realice una prestación o haga una promesa a un tercero, en forma que la prestación o la promesa se sobreentienda hecha por cuenta de la primera. Por tanto, son siempre necesarias en la relación tres personas: un delegante que da la orden de pagar o prometer, un delegado que es la persona a quien se da la orden y un delegatario a quien se hace la prestación o la promesa. Si la orden es de pagar, se tiene la delegación de pago (*Zahlungsanweisung*); si es de prometer, se produce la figura de delegación de crédito (*creditanweisung*); entre ambas especies no media diferencia substancial alguna.

La causa que generalmente origina esta institución es una

cetto della delegatio in dir rom (Riv. it. p. le sc. Giur, XXVIII, 1889, páginas 3 y siguientes); Brugi, Delegazione (en Dig. it); Hubert Essai d'une théorie jur. de la délégation en Dr. fr., Paris, 1899.

doble relación de deuda entre delegante y delegado y entre delegado y delegatario. Si una persona es deudora de Ticio y al propio tiempo acreedora de Sempronio, es indudable que podrá para pagar a Ticio delegar a Sempronio, es decir, podrá (como delegante) ordenar a su deudor Sempronio (delegado) de pagar al propio acreedor Ticio (delegatario), y de este modo dos relaciones obligatorias se extinguirán mediante un solo pago.

En la delegación (y especialmente si se trata de delegación de crédito) tales precedentes relaciones pueden ser mencionadas expresamente de modo que el delegado prometa lo que debe al delegante o lo que éste debe al delegatario; pero pueden no mencionarse y aun preexistiendo aquella doble relación obligatoria, la nueva que surge entre delegado y delegatario se presente independientemente de aquélla. La delegación se suele llamar *titulada* en el primer caso y la nueva relación entre delegado y delegatario es afectada por las excepciones de nulidad que acompañaban a la relación preexistente; en el segundo caso se llama *pura o abstracta* y su efecto es opuesto.

Aún más: se distingue

delegue al deudor a un tercero para percibir, es decir, sustituya a sí mismo por otro para que reciba lo que el deudor le debe, y una delegación *pasiva* cuando el deudor sustituye a sí mismo por otro para pagar, o sea ordene a un tercero que pague al acreedor. En ambas hipótesis esta orden de tercero de recibir o de pagar puede darse en forma que la substitución del nuevo acreedor o del nuevo deudor sea plena y completa, es decir, implique extinción de la primitiva relación obligatoria y nacimiento de otra nueva por cambio de uno de los sujetos, o menos plena en cuanto implique mera substitución del sujeto originario por otro nuevo; de este modo se contraponen la delegación *novatoria o perfecta* y la simple o *imperfecta*. Novatoria o perfecta es la primera, porque realiza una novación y porque sólo la que tal efecto producía se estimaba por la doctrina tradicional verdadera y propia delegación. A ella pertenecen dos de los tres casos previstos por el art. 1.267, números 2 y 3; estos son los que suelen llamarse de novación subjetiva.

α) La *delegación novatoria activa* (art. 1.267, núm. 3) en que el acreedor substituye a sí mismo por otro para que éste reciba lo que el deudor debe a aquél e implica liberación del deudor frente al primitivo acreedor (delegante); se requiere el consentimiento de los tres (si no se diera el consentimiento por el deudor podría haber una cesión) y la voluntad de novar. Y como quiera que de la extinción de la primitiva obligación surge una nueva, la consecuencia es que las excepciones que acompañaban al crédito del delegante no pasan al crédito del delegatario. El deudor que aceptó la delegación—preceptúa el art. 1.278—no puede oponer al segundo acreedor las excepciones oponibles al acreedor originario. De las excepciones propias de la relación primitiva continuarán siendo oponibles las que derivan de la cualidad de la persona (excepciones fundadas en la incapacidad personal) si tal cualidad subsistía al tiempo en que el deudor consintió en la delegación (1).

β) La *delegación novatoria pasiva* (art. 1.267, núm. 2) en la cual el deudor se substituye por un nuevo obligado, se opera también mediante el concurso de la triple voluntad del deudor originario (delegante), del nuevo (delegado) y del acreedor (delegatario) y entraña la liberación del primer deudor a quien substituye el segundo. Este *quiere* asumir la obligación por cuenta del delegante; el acreedor debe aceptar al nuevo deudor y liberar al primitivo. Este último efecto liberatorio es, sin duda, de los tres el más importante. Por ello insiste el Código disponiendo que la novación no se produce si el acreedor «no declaró expresamente su voluntad de liberar al deudor que hizo la delegación» (art. 1.771) (2). Pero también en este caso, dándose la expresa voluntad de novar, se extingue la primitiva obligación y surge una nueva, de donde se deriva que los privilegios e hipo-

(1) Sobre la aplicabilidad del art. 1.278 a la delegación simple o no novatoria, ver Dusí, *Dell'opponibilità al delegatario della exceptio madim-pleti contractus* (*Riv. dir. comm.*, 1916 II, páginas 510 y siguientes).

(2) Sobre el modo de entender la frase «declaró expresamente», véase Pacchioni, *Nota sull'art. 1.271 c. c. it.* (*Riv. dir. comm.*, 1912, II, páginas 475 y siguientes; Giorgi, *Obblig.*, III, pág. 467.

tecas que garantizaban al acreedor contra el primitivo deudor, se extinguen con relación al deudor sustituto, a no ser que el acreedor hubiere hecho expresa reserva (art. 1.274).

• Por otra parte, de el principio según el cual la delegación equivale al pago (*solvit et qui reum delegat*) deriva la consecuencia de que el acreedor, en cuanto aceptó la substitución del primitivo deudor por otro, corre el riesgo de la posible insolvencia de éste: «el acreedor que liberó al deudor que hizo la delegación no tiene acción de reembolso contra el delegante si el delegado resultó insolvente cuando en el acto de la delegación no se hizo una reserva expresa en tal sentido o el delegado no se hallare ya en estado de quiebra o de insolvencia en el momento de hacerse la delegación» (art. 1.272).

γ) La delegación *simple* o *imperfecta* es aquella en que falta la novación. Si un nuevo deudor es delegado para pagar la deuda del delegante y el acreedor lo acepta, pero no libera al primero, el efecto es que un segundo deudor se añade al primitivo. Su figura se perfila en el art. 1.271. «La delegación mediante la cual un deudor asigna al acreedor otro deudor que se obliga frente a dicho acreedor, no produce novación si el acreedor no declara expresamente su voluntad de liberar al deudor que hizo la delegación». Su utilidad práctica consiste en que concurrendo en ella una triple voluntad sin efecto liberatorio, el delegatario tendrá dos deudores de los cuales el originario (delegante) no podrá ser demandado para el pago sino cuando el delegado sea insolvente (1). A esta clase de delegación debe estimarse aplicable el precepto del art. 1.278 que prohíbe al delegado oponer al delegatario las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor originario, o sea al delegante y ello porque es común a ambas especies de delegación (novatoria e imperfecta) la *ratio decidendi* consistente en la aceptación de la delegación por parte del delegado (2).

(1) La jurisprudencia se declara, sin embargo, en sentido contrario, afirmando que el delegatario puede dirigirse contra el deudor delegante antes de haber constituido en mora al delegado y de haber accionado contra el mismo.

(2) Véase el escrito de Dusi citado.

Ahora bien, ni la delegación novatoria ni la imperfecta operan una verdadera y propia transmisión del crédito o de la deuda; no se da en aquella una mera substitución de sujetos activos y pasivos en la relación obligatoria porque se extingue una obligación y se origina otra nueva y falta también en la segunda porque el deudor primitivo continúa obligado si bien subsidiariamente.

c) *Expromisión*.—Cuando no en virtud de orden recibida sino espontáneamente un tercero promete al acreedor de otro lo que este otro le debe, se da la figura llamada expromisión, la cual puede corresponder a alguno de los tipos de la asunción como se verá más adelante. Pero también esta espontánea promesa de asumir la deuda ajena no opera en la deuda una sucesión a título particular en sentido técnico y o bien concurre con la aceptación de la promesa de parte del acreedor su voluntad de liberar al deudor, por el cual el expromitente se obliga, verificándose una novación, la cual puede efectuarse en este caso incluso sin el consentimiento del primer deudor (I.270); o bien esta voluntad de liberar falta y el efecto será la adición de un segundo deudor al primitivo quien continúa obligado aunque subsidiariamente.

d) *Asignación* (1). Rechazando las doctrinas todas que consideran la asignación como una especie de la delegación o las que identifican ambas figuras y dejando aparte las diferentes formas de verificarse la asignación (cheque bancario, asignación judicial) para limitarnos al tipo genérico de asignación voluntaria o contractual diremos que es esta un contrato unilateral con que el deudor faculta al propio acreedor para percibir de un tercero una suma como pago de lo que le es debido o también el acreedor autoriza al propio deudor para que pague a un tercero lo que a dicho acreedor era debido. Concebida así la asignación se identifica con la *indicación del pago* de que se trata

(1) Plucinski, *Zur Lehre von der Assignation und Delegation* (Arch. f. d. civ. Pr., LX, 1877, páginas 289 y siguientes); Wendt, *Das Allgemeine Antoeisungsech*, Jena, 1895; de Ruggiero, *Assegnazione* (Dir. prat. di dir. priv.) y bibliografía citada.

en el art. 1.273 y cuyo efecto no novatorio pone de relieve el legislador. La simple indicación hecha por el deudor de una persona que deba pagar en su lugar, no produce novación. No la produce tampoco la simple indicación que el acreedor haga de una persona que deba percibir en su lugar el importe de su crédito. Y se distinguen en ella análogamente a la delegación, también dos especies, una asignación *pasiva* en la que el deudor indica al propio acreedor, un tercero de quien podrá exigir el importe de su deuda y asigna al acreedor como instrumento de pago un nuevo deudor; y una asignación *activa* en la que el acreedor indica al propio deudor un tercero a quien podrá hacer el pago y asigna al deudor un nuevo instrumento de percepción del importe de su crédito. Pero estas facultades de exigir de un tercero y de pagar a un tercero se diferencian netamente de las formas de la delegación antes recordadas en que ni se produce novación (como ocurre en la delegación notarial) ni se añade tampoco un acreedor o un deudor nuevos (como sucede en la delegación imperfecta). Es siempre un medio de facilitar una exacción de un crédito; no hay aquí una nueva obligación que sustituya a la originaria o una segunda obligación que se adicione a la primera; así como en la asignación pasiva el acreedor puede dirigirse a un tercero para cobrar su crédito, pero no adquiere un derecho de crédito contra él ni pierde su acción contra el deudor originario, así también en la asignación activa el deudor puede pagar al tercero que se le indica pero esto no le libera frente al propio pago no produce efectos liberatorios ni obligatorios de lo que se deduce que no es apta para operar una sucesión en la deuda o en el crédito.

e) *Asunción* (1). Limitada a las mutaciones en el aspecto pasivo de la obligación consiste la figura que estudiamos en la adopción como propia de una deuda ajena, en una convención

(1) De Ruggiero, *Acollo* (en *Diz. prat. di dir. priv.*); Giovane, *Il negozio giur. rispetto ai terzi*, 2.^a ed., Turin, 1917, páginas 185-195; Pacchioni, *L'acollo dei debiti di un'azienda* (*Riv. dir. comm.*, 1911, II, páginas 72 y siguientes)

entre el deudor y un tercero en cuya virtud éste hace suya la deuda de aquél. Esta asunción de la deuda ajena puede operarse en formas y con efectos diversos según que quien la asuma subentre enteramente en el lugar del primitivo deudor y lo libere dejando inalterada la obligación originaria o bien lo substituya con efecto liberatorio transformando la obligación antigua en una nueva o se añada como segundo obligado al primero que continúa siéndolo subsidiaria o solidariamente. Distínguense, pues, cuatro tipos de asunción.

α) *Asunción simple* en la cual el asuntor de la deuda ajena se obliga con el deudor a pagar en su lugar, sin que el acreedor intervenga en este acuerdo y sin que pierda por él el deudor originario. Tal acuerdo producirá como efecto el que el asuntor se convierta en deudor principal obligándose en primer término a satisfacer al acreedor, el cual podrá accionar contra el asuntor si reconoce la convención; el primero continúa subsidiariamente obligado y contra él podrá accionar siempre el acreedor insatisfecho. Casos frecuentes de asunción *tácita* con este efecto, son los de la venta de un inmueble hipotecado, o de un fundo gravado con censos, o de una herencia gravada con deudas, de donación universal, de cesión de una hacienda comercial; hipótesis estas en que el cesionario o adquirente viene obligado por las deudas, pero subsidiariamente responde de ellas el vendedor o el cedente.

β) *Asunción cumulativa* en la que al primer deudor se añade un segundo, quedando el originario y el nuevo solidariamente obligados.

γ) *Asunción novatoria* que se opera mediante una novación de la primitiva obligación, es decir, con la extinción de ésta y nacimiento de una nueva, en la cual el nuevo deudor ocupa el puesto del originario, que queda liberado. Para que se produzca este efecto, debe mediar, a más del acuerdo entre el primero y el segundo deudor, el consentimiento del acreedor y su voluntad de novar; la consecuencia será, en este caso, cualquiera de novación, que al extinguirse la relación antigua, las accesiones y privilegios de la misma no pasan a la nueva.

δ) *Asunción privativa* que se distingue de las dos primeras en que en ella aparece un sólo obligado, que es el asuntor de la deuda y de la tercera en que, habiendo liberación del deudor primitivo, no se verifica ésta mediante novación, porque la obligación primitiva no se extingue y sólo hay una substitución personal del deudor originario por otro nuevo.

De las cuatro formas examinadas, es precisamente esta última la que implica una verdadera sucesión de la deuda a título particular; pero la construcción doctrinal correspondiente y la admisibilidad de tal sucesión en nuestra ordenación jurídica, se examinarán más adelante (1).

§ 78.—*Cesión de créditos*

Brugi, Ist. § 67; Pacifici, Ist., V, pág. 174; Chironi, Ist. II, §§ 268-269; Crome, Oblig. § 21; Zachariae, Man., II, § 339; Aubry y Rau, Cours, V, §§ 359-359; Planiol, Traité, II, números 1.603 y siguientes; Windscheid, Pand., II, 1. §§ 329-337 (2)

El expediente a que recurrieron los romanos para hacer posible a quien tenía un crédito sin extinguir ni novar la obligación

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Sin perjuicio de ocuparnos más extensamente de la novación en otra nota, haremos en ésta breves referencias concernientes a la teoría general de la misma.

Decía Gayo, *Nova nascitur obligatio, et prima tollitur traslata in posteriorum*. De Buen la define: «un modo de extinguirse las obligaciones consistente en un acuerdo, en virtud del cual se crea una nueva obligación en lugar de otra anterior, dando por extinguida la primera».

El Código alemán reduce la novación casi a la nada: la novación por cambio del objeto es considerada como una forma de la dación en pago; la novación por cambio del deudor constituye una institución específica (*Schuldubernahme*), y la que se opera por cambio del acreedor es una forma de la cesión de créditos.

Sin entrar en una larga disquisición sobre el acierto o desacierto del Código alemán, hay que tener en cuenta que la nueva obligación puede diferir de la antigua en la causa o razón jurídica; así, el débito por precio se extingue y surge otro por préstamo que sustituye a aquél.

Las formas clásicas de la novación consistente en un cambio de deudor son la *expromissio* (cuando el nuevo deudor espontáneamente se presenta al acreedor y éste lo acepta y) la *delegatio* (cuando el antiguo deudor presenta al nuevo y el acreedor lo acepta).

El art. 1.206 de nuestro Código civil establece que «la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiere sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda».

(2) Sobre la cesión son célebres los dos antiguos tratados de Olea :

transferirlo a otra persona, consistió por largo tiempo en la institución de la representación procesal; la persona a quien el crédito se quería ceder se constituía en *procurator* o *cognitor* del cedente, se facultaba al representante para ejercitar el derecho en su propia ventaja (*proc. in rem suam*) y para retener para sí el importe de lo cobrado. Más tarde, para eludir los graves inconvenientes de esta institución—que no transfería irrevocablemente el crédito al *procurator*, sino en el momento de la *contestatio litis*—, se apeló al recurso de la concesión de la *actio utilis* al cesionario; en virtud de esta concesión, quedaba siempre titular de la obligación el acreedor; pero el ejercicio del Derecho se transfería al cesionario, quien podía dirigirse sin necesidad de previo mandato con acción propia é independiente, contra el deudor cedido (1).

De estos procedimientos tortuosos, que llegaron en el período tardo del Derecho romano a operar la sucesión a título particular en los créditos, no necesita el Derecho moderno; la transmisión del crédito a título singular, es un fin que se realiza directamente inercid a un negocio jurídico especial, que es la cesión en sentido abstracto y técnico.

En ambos sentidos, la cesión es una forma de transmisión de los créditos, como lo es la *traditio* en orden a los Derechos reales (por lo menos en lo que ésta puede realizar sus funciones en el Derecho actual). Pero como quiera que la *traditio* debe tener una *iusta causa*, también la cesión debe basarse en una causa, ya que sin ella sería estéril. Y como la cesión puede ser *voluntaria* y *necesaria*, según derive de una convención libre de las partes o sea coactivamente impuesta por la ley, su causa será en esta última el precepto legal mismo y en aquélla un negocio ju-

Tractatus de cessione iurium et actionum, Lugduni, 1669, y de Mühlentbruch, *Die Lehre von der cession der Forderungsrechte*, 3.^a ed., 1836. Además de éstos Schmid, *Die grundlehren der cession*, 1836 1866; Huc, *Traité theor. et prat. de la cession et de la transmission des creances*, 1891; Cuturi, *Della vendita, della cessione, della permuta*, Napoli, 1906; Piola-Caselli, *Cessione*, (en *Dig. it.*)...

(1) Véase la exposición de Ferrini, *Pand*, n. 565, y la obra de Eisele, *Actio utilis des cessionars*, 1887.

rídico que podrá ser ya un acto a título gratuito (*donación*), ya un acto a título oneroso (compraventa, permuta) tanto la constitución de una relación obligatoria cuanto la resolución de una relación preexistente (pago). Dejando a un lado la cesión necesaria o legal (1) la voluntaria consiste en una convención entre el acreedor y un tercero, dirigida a transmitir y adquirir, respectivamente, el crédito, fundada en una *iusta causa*, que representa el fin económico de la transmisión. Por esto, la cesión se considera en sí y por sí un negocio jurídico causal, distinto del negocio que le sirve de base, aunque aquél se confunda con éste en cuanto que como forma de transmisión de crédito la cesión se

(1) La importancia que ésta tuvo en el Derecho romano y en el común, en los cuales eran numerosos los casos de cesión de créditos y acciones coactivamente impuestas por la ley, ha disminuído notablemente en nuestro Derecho civil por efecto especialmente de la institución de la subrogación legal que hace subentrar a quien paga en los derechos del acreedor satisfecho (art. 1.253). Sin embargo, no faltan aún hoy casos de cesión necesaria: tales son, sin duda, el del heredero aparente que habiendo enajenado de buena fe una cosa de la herencia está obligado a restituir al verdadero heredero el precio recibido o a ceder a éste su acción contra el comprador que no le hubiere aún pagado (artículo 933); el de aquel que habiendo vendido la cosa recibida de buena fe como prestación que no le era debida, está obligado a restituir el precio obtenido en la venta o a ceder la acción para exigirlo (art. 1.149), el del heredero del depositario que habiendo vendido de buena fe la cosa ignorando que ésta se hallaba en depósito, está también obligado a restituir el precio o a ceder al depositante su acción contra el comprador (art. 1.851). Se discute si hay, además, otros casos de cesión legal; la cuestión se enlaza con otras: si cesión coactiva hay solamente cuando la ley impone ceder un crédito o una acción, si precisa un acto de cesión para operar el traspaso o si puede hablarse de cesión forzosa siempre que la transmisión se verifica *ope legis*. Ciertamente que en los casos mencionados se requiere un acto de cesión al cual viene obligado el heredero aparente, el accipiente de buena fe, el heredero del depositario; y cuando voluntariamente no se presten a realizarlo tales personas, funciona la sentencia del Juez. No hay necesidad de acto de cesión ni de sentencia judicial en otros casos, como son los previstos en los artículos 39, 844, 1.292, 1.951, en los cuales la transmisión se produce *ope legis*; pero éstos no contienen una cesión necesaria.

ofrece como cualquiera otro negocio jurídico que pueda servir de causa del traspaso. —

Si se reflexiona sobre su intrínseca naturaleza, no puede menos de deplorarse el modo deficiente, inadecuado con que la institución resulta regulada en nuestro Código. Los preceptos de los artículos 1.538-1.548, presididos por conceptos estrechos, unilaterales, nos ofrecen confundidas la cesión de créditos y la de los derechos y acciones; es un defecto del Código el haber descuidado la regulación de la cesión como negocio en sí, independiente y distinto del negocio causa; pero aún resulta más grave el de haber contemplado una sola causa (la venta), que siendo la más frecuente no es ciertamente la única. Identificando la cesión con la venta, el Código ha engendrado la duda de si podía admitirse otra forma de cesión perfecta, además de la hecha *venditionis causa*; de lo cual ha derivado a la doctrina civilística la falsa e inoportuna distinción entre cesión *propia*, representada por la cesión por venta e *impropia*, que reconoce por base otra causa cualquiera de enajenación del crédito.

Conviene, pues, prescindir en la exposición científica de la doctrina, de las causas especiales; sin olvidar que la más frecuente es la venta, la cual inspira más de una norma legal, y como se trata de negocio jurídico, que aunque celebrado entre dos partes, produce sus efectos frente a los terceros y especialmente frente al deudor cedido, precisa estudiarlo tanto en lo que se refiere a los requisitos de su existencia, como a sus efectos, en las relaciones entre cedentes y cesionarios y en relación a los terceros.

a) Requisitos.

α) *Entre cedente y cesionario*. El acto que transfiere el derecho de crédito es una convención entre el acreedor y el cesionario, y esta convención se perfecciona entre las partes, sin necesidad de la observancia de formas especiales y solemnes, por el mero consentimiento y sin que se requiera la adhesión del deudor cedido. No precisan formas especiales, pero como advertimos ya que la cesión se compenetra con el negocio jurídico que le sirve de causa, aquélla ofrece las formas propias de éste,

y cuando se exige la observancia de una forma especial para el negocio-causa (ejemplo para la donación el documento público), esta forma es requerida también para la validez de la cesión.

No se necesita una intervención ni una adhesión del deudor, porque éste no puede impedir que el crédito sea transferido a otra persona; ni tiene importancia jurídica el eventual interés que éste pueda tener en no cambiar un acreedor indulgente por otro severo. El traspaso es, pues, perfecto por el solo acuerdo de las partes, sea cualquiera la causa del mismo, con tal que ésta sea idónea a justificar la adquisición; si la causa es nula o inexistente puede producir la anulabilidad o nulidad de la cesión, pero el deudor cedido no puede entrar en averiguaciones sobre la inexistencia o invalidez de la causa. Finalmente, tampoco se requiere para la eficacia del traspaso la entrega del documento comprobatorio del crédito; el cesionario tendrá derecho a dicha entrega (si existe título), pero el traspaso es plenamente perfecto por el simple consentimiento. Con las advertencias hechas anteriormente sobre la variedad de las causas y el impropio uso que el Código hace de las palabras «propiedad» y «posesión» referidas al crédito (para expresar la efectiva adquisición del crédito por el cesionario y el goce y ejercicio que a éste corresponde), puede interpretarse el principio general del artículo 1.538 dándole valor general, «La venta o cesión de un crédito, de un derecho o de una acción es perfecta y la propiedad se adquiere de derecho por el comprador o cesionario en el momento que se conviene sobre el crédito o derecho que se cede y sobre el precio aunque no se hubiere transferido su posesión. Esta se transfiere mediante la entrega del documento que prueba la existencia del crédito o derecho cedidos».

B. *Frente a los terceros.*—Si bien la convención obliga al cedente frente al concesionario, no produce sus efectos frente al deudor cedido, quien ignorando la cesión puede pagar a su acreedor originario con pleno efecto liberatorio; la cesión es *res inter alios* respecto a los terceros y terceros son tanto el deudor cedido cuanto los acreedores del cedente y sus sucesores a

título particular, los cuales todos tienen perfecto derecho a considerar al cedente como el único y verdadero acreedor.

Para dar al acto eficacia plena frente a los terceros precisa un medio que dé a aquél publicidad, y este medio consiste en la notificación de la cesión hecha al deudor o en la aceptación de la misma por este último. Es la primera, la denuncia que el cesionario o el propio cedente hacen al deudor cedido de la convención celebrada, y no es otra cosa que el acto solemne de la participación hecha al deudor de la cesión verificada o la demanda judicial de este último para que realice la prestación: La aceptación, que se equipara en sus efectos a la notificación, debe hacerse mediante acto auténtico, es decir, en documento extendido por funcionario público competente (art. 1.539).

γ) *En orden al objeto.*—El principio general según el cual todo crédito sujeto a plazo o condicional puede ser transferido mediante cesión, halla sus naturales limitaciones en la propia naturaleza del crédito, que no es susceptible de cambio en el sujeto, y en prohibiciones legales que impidan la cesión de modo absoluto o relativo, o sea en relación a determinadas personas.

Por su naturaleza, y por regla general no son susceptibles de cesión, los créditos todos que son personales, es decir, aquellos que surgen de una relación personal determinada intransmisible (relación familiar), o que se quiere sea intransmisible por aquellas personas que la crearon (relación social en algunos casos). Son de este género los créditos alimentarios, los de la viuda durante el año de luto, los que corresponden al socio contra la sociedad. No son tampoco cedibles los créditos que variarían de naturaleza al cambiar de acreedor, ni aquellos en los que la persona del acreedor es elemento esencial del vínculo, de tal modo que se presuma que el deudor no hubiera contraído la deuda con otro; en esta categoría figuran muchas de las obligaciones que tienen por objeto un *facere*. De la inseparabilidad de lo accesorio de lo principal deriva la inidoneidad objetiva de los créditos accesorios (como la fianza) para ser cedidos independientemente del crédito principal.

Por prohibición legal no pueden cederse determinados créditos. Son prohibiciones de carácter objetivo y hallan su razón de ser en la tutela y protección de los servicios públicos, las que impiden la cesión de créditos de los concesionarios contra el Estado (ley de 20 de Marzo de 1865 sobre obras públicas, artículos 339, 351), la de los créditos por estipendios y pensiones de los funcionarios públicos o de otras entidades de carácter público (ley de 14 de Abril de 1864, artículos 34, 35; ley de 16 de Julio de 1888, artículos 1-3), salvo la facultad concedida al empleado de ceder no más del quinto (ley de 7 de Julio de 1902). Tienen, en cambio, valor relativo por referirse solamente a determinadas personas otras prohibiciones que impiden la cesión de créditos de personas sujetas a la patria potestad a quienes ejercen ésta y las que impiden dicha cesión por razón de la particular relación en que se hallan deudor y cesionario, y tales prohibiciones tienden, de una parte, a proteger al deudor contra los abusos y coacciones que el cesionario podría cometer fácilmente en su persona, y de otra, a sustraer tal relación (que frecuentemente tiene carácter público) a la posibilidad de ser objeto de interesadas maquinaciones. Son estas prohibiciones la que se refiere al tutor y al protutor imponiéndoles el no aceptar la cesión de créditos del menor o interdicto (artículos 300, 329), y por extensión la de comprar a que hace referencia el artículo 1.457; la prohibición impuesta a los padres, curadores, administradores públicos, de hacerse cesionarios de los créditos de los hijos, de los menores emancipados, de los inhabilitados, de los municipios y establecimientos públicos cuya administración les compete; la prohibición impuesta a los Jueces y otros funcionarios de la administración de justicia, a los Abogados y a los Notarios, de ser cesionario de litis, créditos y acciones litigiosas cuyo conocimiento compete a la autoridad judicial de que forman parte o en cuya jurisdicción ejercen sus funciones, a no ser que se trate de acciones hereditarias entre coherederos o de cesiones para satisfacción de créditos o para defensa de los bienes poseídos (art. 1.458).

No constituye una prohibición, pero sí una limitación a la

libre disponibilidad del crédito y una eficaz protección contra el tráfico inmoral, que en este campo se viene constantemente practicando, la institución del *retracto litigioso* (1), que tiene su origen en la *lex Anastasiana*. El Emperador Anastasio—para impedir que créditos litigiosos se comprasen a vil precio por hombres poco escrupulosos que querían hacer más vejatoria la situación del deudor, obteniendo de esto que se convirtió en oficio de muchos *redemptores litium* una torpe ganancia—, dispuso que el deudor cedido podía liberarse pagando al cesionario el precio que éste prometió o entregó por la adquisición (l. 22, c. 4, 35). Justiniano ratificó y reforzó el remedio (l. 23, c. 4, 35). Ahora bien, los artículos 1.546-1.548, acogiendo con alguna modificación la vieja norma, facultan al deudor de un crédito o derecho litigioso (2) para liberarse del cesionario, reembolsando a éste el precio real de la cesión, más los gastos, pagos legítimos e intereses devengados desde el día en que el cesionario satisfizo el precio de la cesión, y declaran que se considerará litigioso el crédito o el derecho cuando la subsistencia del mismo hubiere sido judicialmente contestada, excluyendo el uso de la referida facultad en el caso (salvo las adquisiciones a título gratuito en las que no se daría la misma *ratio legis*) de que la cesión hubiere sido hecha a un coheredero o copartícipe del derecho cedido o a un acreedor en pago de lo que le era debido o al poseedor del fundo objeto del derecho en litigio (3). Más importantes deroga-

(1) Sobre esta institución véase Desjardins, *De retrait des droit litigieux* (*Rev. pratique*, XXV, pág. 138; XXIX, pág. 451; XXX, páginas 225 y siguientes); Losana, *Il riscatto dei diritti litigiosi* (*Rolandino* 1921, páginas 177 y siguientes); Pothier (*Vente*, números 584 y siguientes), y en general todos los tratados generales y especiales sobre la venta por que el Código trata de la cesión al regular la venta.

(2) Adviértase que la institución recibe más amplia aplicación en un campo que no es el de los créditos; el retracto litigioso se aplica a la enajenación (impropiamente el Código habla de cesión) de toda clase de derechos litigiosos, ya sean éstos reales o de crédito, mobiliarios o inmobiliarios y, en general, a la cesión de acciones, con tal de que la enajenación sea a título oneroso (venta, permuta).

(3) Creo, y creen la mayoría, que a los tres casos previstos en el artículo 1.548 se debe añadir un cuarto que se sobreentiende: aquel en

ciones se dan en el campo de las obligaciones mercantiles; en él, por expresa disposición del art. 43 del Código de Comercio, el retracto litigioso no recibe aplicaciones.

Dentro de qué límites, oponiéndose la naturaleza del crédito a su cesión o prohibiendo ésta un precepto legal, es posible ceder el ejercicio del derecho, y, viceversa, en qué límites, siendo el crédito cedido, es lícito a las partes pactar su incedibilidad, son cuestiones difíciles, cuya resolución exigiría agudos análisis, que no conceptuamos de este lugar.

Como principio, puede afirmarse, sin embargo: 1) que en cuanto el simple ejercicio del crédito por un tercero legítimamente autorizado no implica un cambio de sujeto, nada se opone a que el crédito, aun no siendo cedible, sea ejercitado por otra persona en nombre del acreedor; 2) que el pacto de no ceder un crédito cedible sólo pugna con principios generales, los cuales, en nuestro Derecho, a lo sumo condenan toda prohibición convencional de enajenar cosas o derechos (1).

b) *Efectos.*

a) *Entre cedente y cesionario.*—El efecto de la convención es el hacer subentrar al cesionario en el lugar del cedente sin cambio alguno en la primitiva obligación. De esto se deriva la consiguiente indisponibilidad del crédito de parte del cedente, que no puede, una vez cedido, exigirlo ni cederlo a otros sin vulnerar el derecho del cesionario. Pero como la plena eficacia de la cesión se produce solamente con la intimación o aceptación de la misma, su indisponibilidad (del crédito) antes de la intimación o aceptación, no es absoluta, sino relativa, lo cual implica una responsabilidad del cedente frente al cesionario, pero nunca

que el derecho litigioso cedido constituye el elemento accesorio de un derecho principal enajenado; por ejemplo, se vende un inmueble y se ceden las acciones relativas a la violación de lindes y usurpaciones, a los alquileres o rentas debidos por inquilinos y arrendatarios. Falta aquí el propósito de la especulación que el retracto quiere suprimir.

(1) Ver Ferrini, *Obblig. (Enc. giur.)*, pág. 557; Giorgi, *Obblig.*, VI, páginas 109 y siguientes en contra, Crome, *Obblig.*, páginas 262 y siguientes.

la objetiva invalidez de un acto dispositivo ulterior. La adquisición del crédito por un segundo cesionario es, pues, firme cuando éste hubiere dado publicidad a la cesión hecha en su favor; consiguientemente, los acreedores del cedente pueden proceder ejecutivamente contra el crédito, pignorándolo o secuestrándolo. Del hecho de que la obligación no sufra variación alguna objetiva, deriva que con el crédito se transfieren sus accesorios como cauciones, privilegios e hipotecas; se excluyen solamente cuando se trate de un crédito fructífero, las rentas e intereses vencidos al tiempo de la cesión, a no ser que se hubiere convenido lo contrario (art. 1.541). Pero se transfieren también con el crédito los vicios y limitaciones del mismo.

Muy importante en este caso es la obligación de garantía que al cedente incumbe. Aplicando los principios que regulan la venta en general, declara el Código (art. 1.542) que el cedente debe garantizar al cesionario la subsistencia del crédito o derecho cedidos al tiempo de verificarse la cesión, o, como suele decirse, la *veritas nominis*; es esta una obligación natural inherente al negocio jurídico que estudiamos, y que se entiende asumida, aun cuando la cesión se haga sin garantía. Pero comoquiera que esta obligación no deriva de la cesión en sí, sino del negocio causal, para la existencia de dicha obligación es decisiva la naturaleza del negocio-base de la cesión; la habrá siempre que se dé la responsabilidad por evicción. Si la cesión se hace *donationis causa*, se aplicarán las normas reguladoras de la garantía por evicción en las donaciones; y como el donante no está, por regla general, obligado a prestarla, salvo en los casos previstos en el art. 1.077, análogamente ocurrirá con respecto a la garantía de la subsistencia del crédito.

El cedente no está nunca obligado a garantizar la solvencia del deudor, o, como se suele decir, la *bonitas nominis* (art. 1.543). Pero si por pacto expreso fué asumida dicha garantía, la ley preceptúa que, si ésta no fué limitada en cuanto a su duración no se limite a la solvencia actual ni sea temporalmente ilimitada, sino que se extienda a un año, a partir de la fecha de la cesión, si el crédito hubiere vencido, y a un año a partir de la fecha del

vencimiento cuando éste no se hubiere verificado aún (art. 1.544); si el crédito deriva de una constitución de renta perpetua (artículo 1.544, párr. 2.º), el cesionario vendrá garantizado por un decenio, el cedente no será responsable sino hasta concurrencia del precio percibido (art. 1.543).

Hay que distinguir, finalmente, dos especies de cesión que, en las relaciones entre cedente y cesionario, tienen muy diversa eficacia: la *cessio in solutum* y la *cessio pro solvendo*. Causa común de las dos es una *solutio* que el cedente hace al cesionario, atribuyéndole, en pago a éste, un crédito contra el tercero (cedido), presupone que el cedente sea deudor del cesionario por efecto de otra relación y que la cesión tenga por objeto extinguir dicha deuda. Pero mientras la *cessio pro soluto* produce en las relaciones entre cedente y cesionario la liberación inmediata del primero con respecto al segundo, cualquiera que sea el resultado final de la cesión (es decir, perciba o no el cesionario el importe del crédito cedido), implicando la garantía por el cedente de la *veritas nominis* tan solo, la *cessio pro solvendo* no produce la liberación del cedente sino cuando el cesionario hubiere percibido el importe del crédito cedido, excluyendo la posibilidad de que el *periculum nominis* pase al cesionario; por tanto, en esta última cesión el cedente responde de la *veritas* y de la *bonitas nominis* (1).

β) *Frente a los terceros*.—Celebrado el acto a que se refiere el art. 1.539, el acreedor se considera despojado de su crédito frente a todos, pasando dicho crédito al cesionario. Deriva de ello que el deudor cedido no puede desde este momento cum-

(1) Una y otra operan la traslación del crédito, aunque con eficacia diversa en las relaciones internas entre cedente y cesionario. Algunos lo niegan, atribuyendo a la *cessio pro solvendo* carácter muy distinto e identificándola con la asignación o indicación de pago; Giorgi, *Obblig.*, VI, páginas 188 y siguientes; especialmente pág. 191, n. 2. Véanse para el problema y controversias de la *cessio pro solvendo*: Coviello, *Indole della cessione pro solvendo nel dir. civ. it.* (*Foro it.*, 1893, páginas 111 y siguientes); Manara, *Cessio pro solvendo e assignatio* (*ib.*, 1896, páginas 1.238 y siguientes); de Ruggiero, *Assegnazione*, en *Dix. pr. di dir. pr.*, I, página 290.

plir la prestación en favor del cedente; si esto, no obstante, realiza la prestación en favor del cedente, el pago carece de eficacia liberatoria respecto al cesionario (art. 1.540).

Por ello los acreedores del cedente no pueden accionar ejecutivamente contra el crédito, cuya disponibilidad perdió aquél para el deudor y para los terceros.

A partir del momento de la notificación o de la aceptación, el deudor cedido debe realizar la prestación en favor del cesionario, sin que le sea lícito indagar la causa de la cesión, porque la relación entre cedente y cesionario le es extraña. El deudor debe cumplir la prestación íntegramente (a no ser que se trate de cesión parcial) con todos sus accesorios. Pero, como ya se dijo, el crédito pasa al nuevo titular con sus limitaciones, puesto que por el hecho de la cesión no puede hacerse peor la condición del deudor cedido, subsistirán en éste y frente al cesionario los medios defensivos o excepciones que hubiera podido oponer al cedente. Lógica derogación de este precepto se contiene en el artículo 1.291, que priva al deudor cedido de la facultad de oponer al cesionario la compensación antes oponible al cedente cuando dicho deudor hubiere consentido en la cesión sin reservas ni condiciones. La aceptación incondicional del deudor autoriza al cesionario a presumir que el cedido renunció a la excepción de compensación. En cambio, si la cesión fué hecha pública solamente mediante notificación, no con aceptación, no resultará impedido por ello el derecho a oponer al cesionario la compensación oponible al cedente (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Nuestro Código regula la cesión de créditos y demás derechos incorporales al tratar de la compraventa. Parece, pues, que el Código la considera como una compraventa especial.

Como dice De Buen, no hay obstáculo a que la cesión de créditos sea una donación o una dación en pago.

La cesión es un contrato consensual; se perfecciona por el mero consentimiento. Hay casos, sin embargo, en los que la cesión debe hacerse constar en documento público; así sucede cuando se trata de la cesión de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal o de la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública (art. 1.280, números 4 y 6).

La sentencia de 27 de Febrero de 1891 dictada por el Tribunal Supremo reconoce que el deudor no tiene que intervenir en la cesión y

§ 79.--*Sucesión particular en las deudas*

Brugi, *Ist.* § 66; Chironi, *Ist.* II, § 271; Zachariae, *Man.*, II, § 294; Planiol, *Traité*, II, núm. 393; Windscheid, *Pand.*, II, 1, §§ 338-340 (1).

El concepto de la transmisión de una deuda a título particular, paralelo al de transmisión particular del crédito, parece *pri-*

que ésta puede hacerse válidamente sin conocimiento y aun contra la voluntad de aquél.

Respecto a la *denuntiatio*, nuestro Código dice solamente en el artículo 1.527 que el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación.

La cesión o venta de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegios (art. 1.528).

La cesión de un crédito, derecho o acción, no surtirá efecto contra tercero si no desde que su fecha deba tenerse por cierta, en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227.

El deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente.

Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no de las posteriores.

Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión (art. 1.198).

El vendedor de buena fe responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuere anterior y pública.

Aun en estos casos sólo responderá del precio recibido y de los gastos del contrato y de cualquier otro pago legítimo hecho para la venta (art. 1.529).

Cuando el cedente de buena fe se hubiese hecho responsable de la solvencia del deudor y los contratantes no hubiesen estipulado nada sobre la duración de responsabilidad, durará ésta sólo un año contado desde la cesión del crédito si ya estaba vencido el plazo. Si el crédito fuere pagadero en término o plazo todavía no vencido la responsabilidad cesará un año después del vencimiento. Si el crédito consistiere en una renta perpetua, la responsabilidad se extinguirá a los diez años, contados desde la fecha de la cesión (art. 1.530).

El vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios (art. 1.529).

Como resumen, diremos que la cesión en el Código civil tiene un contenido amplio, no comprende los créditos solamente, sino también los derechos reales, salvo el de propiedad.

Como cesiones especiales, se ocupa de la *cesión de herencia* en los artículos 1.531, 1.533 y 1.534; *cesión de universalidad* (art. 1.532); *cesión de un crédito litigioso* (artículos 1.535 y 1.536).

(1) Delbrück, *Die Uebernahme fremder Schulden nach gem. u. preuss. Recht*, Berlín, 1853; Güllgens, *Die singular succession in die Schuld* (*Fahrh*

ma facies incompatible con la noción y la esencia misma del vínculo obligatorio. Si, en efecto, la obligación en su aspecto activo se ofrece como un valor económico susceptible (salvo reservas) de ser atribuido a persona distinta de aquella en cuyo favor surgió y se constituyó la relación, en su aspecto pasivo representa un valor negativo, una fuerza que tiende a la disminución de un determinado patrimonio (el de la persona obligada), una sujeción personal del deudor que no se presta al cambio subjetivo sin la consiguiente destrucción del vínculo. Y ésta fué en realidad durante largo tiempo la concepción dominante entre los romanos, que no admitieron una sucesión a título singular en el débito y proveyeron a esta necesidad práctica mediante la institución de la novación (1).

f. d. Dogm., VIII, 1866, páginas 221 y siguientes); Blume, *Zur Lehre von der Schuldübernahme* (ib., XXXIX, 1898, páginas 390 y siguientes; XL, 1898, páginas 109 y siguientes); *Reglsöerger, Die Schuldübernahme und die §§ 414-416 des B. G. B.* (ib., XXIX, 1890, páginas 463 y siguientes); Strohal, *Zur Beurtheilung des Rechtes des Schuldverhältnisse* (ib., XXXIII, 1894, páginas 361 y siguientes); *Schuldübernahme* (ib., 1910, LVII, página 231); Unger, *Schuldübernahme*, Viena, 1889; Münster, *Ueber die Singularsuccession in Schulden*, Göttingen, 1893; Lipmann, *Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des B. G. B.* (*Arch. f. civ. Pr.*, 1911, páginas 1 y siguientes); Knocke, *Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme* (*Jahrb. f. die Dogm.*, 1912, páginas 407 y siguientes); Saleilles, *De la cession de dettes* (*Ann. de dr. comm.*, 1890); Coviello, *Della successione nei debiti a titolo particolare* (*Arch. Giur.*, LVI, 1896, páginas 287 y siguientes; LVII, 1897, páginas 89, 234 y siguientes); Gaudemet, *Etude sur le transport des dettes a titre particulier*, París, 1898, y sobre esto Ruggiero, en *Bull. ist. dir. rom.*, XI, páginas 73 y siguientes; Corten-Enna, *L'acollo privato e la c. d. successione nei debiti a titolo particolare* (*Zilang*, XXXV, 1910, páginas 336 y siguientes); *Intorno al concetto dogmatico di cedibilità del debito* (ib., XXXVI, 1911, páginas 30 y siguientes) Pacchioni, *La successione singolare nei debiti* (*Riv. dir. comm.*, IX, 1911, páginas 1.045 y siguientes; XI, 1913, páginas 81 y siguientes).

(1) En otra parte (*Bull. ist. dir. rom.*, XI, pág. 85) he afirmado que la sucesión pasiva a título particular no fué completamente ignorada de los romanos o que, por lo menos, se la pueda reconocer en algunas de sus instituciones. No tengo fundamento para variar de opinión. La cuestión surge especialmente con ocasión de la subsistencia o insubsistencia de las *accessiones* y de las *excepciones*, en cuanto que su extinción para el

Como ya se indicó anteriormente, sucesión particular en la deuda no es todo cambio del sujeto pasivo de la obligación, sino sólo aquel que implica sustitución del primitivo deudor por un nuevo obligado, quedando el primero liberado del vínculo sin que éste pierda su originario carácter. Cae, pues, fuera del concepto técnico todo acto que añada al primitivo deudor un segundo (subsidiario o solidario) y toda convención que novando la primitiva obligación la extinga para crear otra nueva. Fuera de estos dos, no parece que haya otro medio de operar una verdadera y propia sustitución del obligado con efecto liberatorio que no ataque la esencia del vínculo.

El derecho moderno liberado de las rígidas formas del antiguo admite sin dificultad esta sustitución íntegra en el lado pasivo.

Ya se parta de la idea propugnada por algunos autores de que la deuda constituye una sujeción del patrimonio, una responsabilidad de un patrimonio respecto a otro en la que las personas del acreedor y del deudor aparecen solamente como titulares, de modo que nada impide que la carga que grava un patrimonio pueda gravar otro distinto; o ya se parta de la idea afín a la anterior, aunque más atenuada (puesto que no elimina a las personas de la noción del vínculo), de que en la relación obligatoria, aun siendo esencial la existencia de un acreedor y de un deudor, no es indispensable la permanencia de los mismos sujetos; la deuda será siempre en sí y por sí una entidad económica que puede ser objeto de contratación, y la relación obligatoria un vínculo que, del mismo modo que subsiste si se sustituye la persona del acreedor, también sobrevive si se cambia la del deudor. La transmisibilidad de la deuda puede colocarse al lado de la transmisibilidad del crédito como fenómeno jurídico paralelo, conceptual-

nuevo deudor se conceptúa como índice absoluto de la extinción de la primera relación (novación) y la permanencia de entrambas como requisito necesario de la sucesión a título particular. Sobre esto no estoy de acuerdo con quienes mantienen la doctrina tradicional y no me convencen las objeciones de Ferrini, *Obblig.*, páginas 918 y siguientes. Por exigencias de una más clara exposición hago resaltar en el texto la contraposición entre el derecho antiguo y el moderno.

mente compatible con la naturaleza de la obligación y prácticamente útil porque responde a necesidades más imperativas que aquellas a las que satisface la cesión de créditos. Para que se pueda transmitir el débito no bastan, sin embargo, los requisitos que precisan para que se opere la cesión del crédito; cesa, pues, el paralelismo, puesto que si en éstas es suficiente el acuerdo entre el primero y el segundo acreedor, en aquélla, o sea en la sucesión particular del débito, no basta el acuerdo entre el primero y el segundo deudor. En la transmisión del crédito se puede prescindir del consentimiento del deudor, porque para éste la mutación del acreedor no implica perjuicio jurídicamente apreciable. No puede decirse lo mismo del acreedor cuyo deudor haya sido sustituido; la obligación como vínculo personal descansa en las cualidades personales del deudor, y la probidad, la corrección, la puntualidad, no son poseídas por todos los hombres, ni por todos en la misma medida; en una relación que, en definitiva, afecta al patrimonio, lo que constituye verdadera garantía es la consistencia del patrimonio afectado, y no todo patrimonio ofrece idénticas seguridades. Por eso se comprende que en la sucesión particular de la deuda si se quiere alcanzar el efecto principal que esta persigue: la liberación del primer deudor, sea imprescindible el consentimiento del acreedor; a ninguna otra persona que no sea el acreedor corresponde la facultad de liberar a su deudor antes que la prestación se cumpla. Por eso es impropio hablar de cesión de débito como de un cambio de sujeto pasivo de la obligación que pueda concebirse abstractamente y prácticamente realizarse en idénticas condiciones que la cesión de créditos.

Mérito de la doctrina civilística alemana es haber construido la institución y haber sido acogida ésta en la legislación; el Código civil alemán regula, mediante normas especiales, en los párrafos 414-419 la asunción de la deuda (*Schuldübernahme*). Pero esta institución no es completamente extraña a nuestra legislación; aunque no esté regulada ni prevista en nuestro Código expresamente, puede considerarse contenida en germen en nuestro ordenamiento, y actualmente, debido a los conspicuos pre-

cedentes que ofrece la vieja práctica de los siglos pasados, ha adquirido carta de naturaleza en Italia.

El fenómeno de la transmisión de la deuda a título particular se halla ya en la figura antes recordada de la *asunción particular* o *liberatoria*. Esta satisface las condiciones de una verdadera y propia sucesión a título singular, es decir, opera la sustitución 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 a 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; 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 acuerdo y uno u otro, o ambos, ofrecen al acreedor la convención para que éste acepte el asunto 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 del 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 los efectos del negocio, los cuales se retrotraen al día en que se celebró el acuerdo entre deudor y asunto.

Siendo, por tanto, idéntica la deuda en la persona del asunto 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 considerar constituídas con relación a la persona del primer deudor, sin que puedan extender su garantía respecto a la solvencia del segundo); en favor del asunto subsisten las excepciones que el deudor originario hubiera podido oponer al acreedor, excepto también las *personae cohaerentes*, o sea las estrictamente personales del primer deudor (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—La doctrina de la transmisión de las deudas fué, según Planiol, elaborada sobre los casos en que precisaba un cambio de deudor sin extinguir ni renovar la obligación primitiva. Estos casos son: 1.º La enajenación de un patrimonio entero que puede adoptar dos modalidades: venta de una herencia y enajenación de un patrimonio con el fin de constituir una renta vitalicia. 2.º La enajenación de un inmueble gravado con una hipoteca en la que el adquirente a título de obligación (no a título de derecho real, porque a ello le obliga ya la existencia de la hipoteca) se compromete a pagar a los acreedores hipotecarios del vendedor.

La asunción de deuda que reglamenta el Código civil alemán puede ser cumulativa (*häufende*) y privativa o liberatoria. La primera no produce más efecto que el de añadir un nuevo deudor al primitivo; el nuevo

deudor y el primitivo responden al acreedor del total de la deuda, si otra cosa no se ha convenido. Los casos más frecuentes son los de enajenación de un patrimonio, de fusión de Sociedades anónimas, adquisición y prosecución en la explotación de una hacienda comercial con la misma razón social que antes tenía. En todos estos casos el adquirente responde con el vendedor de las deudas que gravaban el patrimonio adquirido.

La asunción liberatoria extingue la deuda del deudor primitivo, el cual es sustituido por el nuevo deudor. Si esta especie de asunción es pactada entre el acreedor y el nuevo deudor, sus efectos se producen inmediatamente; en cambio, si es convenida entre el deudor primitivo y el nuevo, la asunción no produce sus efectos hasta que el acreedor no manifiesta expresa o tácitamente su conformidad. Las garantías prestadas en favor del primitivo deudor (fianza, prenda hipoteca, privilegio) se pierden con la asunción, a no ser que el fiador, el dueño de la cosa pignorada o hipotecada (en las tres primeras formas de garantía) se muestren conformes con la asunción.

En el caso de asunción de una deuda garantizada con hipoteca por el comprador del inmueble hipotecado, el acreedor debe manifestar su consentimiento en la asunción cuando el vendedor se la notifique. Si desde que el acreedor recibió la notificación hubieren transcurrido seis meses sin hacer aquél manifestación alguna se estima que presta su asentimiento a la asunción, a no ser que con anterioridad la hubiere prohibido.

La notificación puede hacerse en el momento en que el adquirente se inscribe como propietario en el Registro. Debe hacerse por escrito e indicar que el asunto (*übernehmer*) se subrogará en el lugar del deudor primitivo si el acreedor no se opone en el término de seis meses.

A instancia del adquirente el transmitente debe notificar la asunción al acreedor. Si éste consiente en ella o deniega su consentimiento, lo notificará al adquirente.

En los demás casos es indiferente la persona que notifique al acreedor la asunción indirecta (deudor primitivo o nuevo), así como también la persona a quien el acreedor consigne su asentimiento.

En todos los casos de asunción indirecta rige el principio de que el asentimiento del acreedor en la asunción será eficaz con efecto obligatorio para las partes y especialmente para el asunto, cuando le haya sido comunicada la asunción, no cuando la conozca por casualidad o por otras personas distintas.

Si rehusa el acreedor la asunción indirecta, ésta no será eficaz para él, pero, en cambio, valdrá para las partes (primitivo y nuevo deudor) como asunción de cumplimiento (*Erfüllungsübernahme*); es decir, el nuevo deudor queda obligado a pagar al acreedor. Lo mismo sucede durante el tiempo que tarda el acreedor en adoptar una decisión respecto a la asunción.

Por lo que atañe a la relación jurídica entre el nuevo deudor y el acreedor, es (en la asunción liberatoria) muy semejante a la que se crea en la cesión de crédito entre el cesionario y el deudor cedido; el deudor nuevo no debe ser perjudicado, su situación o posición jurídica debe ser idéntica a la del deudor originario; sin embargo, el asunto no podrá oponer la compensación por el contracrédito que el primitivo deudor tenía contra el acreedor (§ 417, párr. 1.º del Código civil alemán).

Las relaciones jurídicas entre el deudor primitivo y el nuevo que causan o provocan la asunción, despliegan su eficacia entre el deudor originario y el asunto. Las excepciones que de tales relaciones puedan

derivar (por ejemplo, la de que el deudor primitivo no haya realizado la prestación en favor del asuntor) no pueden oponerse al acreedor que es extraño a tales relaciones. (Véanse Erdel Pfeiffenberg, *Das Bürgerliche Recht*, Leipzig, 1928, páginas 125-128; Ennecerus-Kip-Wolff, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Marburg, 1927, I, 2, páginas 260-271).

La novación es la única forma de transmisión deuditoria reconocida y regulada por el Código civil español.

CAPITULO XX

Extinción de las obligaciones

§ 80.—*Causas de extinción y sus clasificaciones*

Brugi, *Ist.* § 71; Pacifici, *Ist.* IV, pág. 515; Chironi, *Ist.* II, § 294; Crome, *Obblig.*, § 29, pág. 399; Zachariae, *Man.*, II, § 295; Aubry y Rau, *Cours* V, § 314; Planiol, *Traité*, II, núm 379; Windscheid, *Pand.* II, 1, § 341.

El derecho de crédito es por su naturaleza una relación perecedera, no vive perpetuamente, su fin es proporcionar al acreedor una ventaja patrimonial, y cuando realiza este fin, cuando satisface el interés del acreedor, el vínculo carece de razón de ser, de objeto. Es éste otro de los caracteres peculiares de los derechos de crédito, que les separa y distingue de los reales, en los cuales la relación concebida abstractamente tiene una duración ilimitada. Incluso cuando la obligación tiene como contenido una serie de prestaciones sucesivas que se renuevan periódicamente en el tiempo, deben tener éstas un término. Sólo excepcionalmente, cuando la relación de crédito se base en un derecho real o se relacione con este, puede hablarse de una obligación no destinada a extinguirse, ya que se renueva continuamente; en cambio, es excepcional el tipo de derecho real que se agota por motivos de utilidad social (como ocurre en el usufructo, uso habitación) o de su relación con un vínculo obligatorio (como sucede con los derechos de garantía).

Muchos y variados son los modos de extinguirse las obligaciones. El primero y más natural es el cumplimiento; pero al lado de la *solutio* y de sus subrogados (*datio in solutum*) existen otros modos que se basan en hechos y causas diversas que no son precisamente la satisfacción del acreedor.

Hay algunos de estos modos extintivos comunes a otras relaciones jurídicas, y que, como el *término final* o la *condición resolutoria* (artículos 1.157, 1.158, 1.165), son fijados por la voluntad de las partes o por la ley como momento o hecho determinado que, al sobrevenir o efectuarse, resuelven el vínculo; otros que, como la *prescripción extintiva* (art. 2.105), implican la pérdida del crédito, porque, transcurrido que sea un cierto tiempo, la ley no concede protección al acreedor, obstinado en su inactividad; otros que, como la *remisión de deuda* (artículos 1.279 y siguientes), representan en la relación obligatoria aquella facultad (por regla general ilimitada), que tiene todo titular para renunciar a sus propios derechos.

Hay otros modos relacionados con los elementos constitutivos de la obligación, a cuya existencia se condiciona su vida: parece la obligación al extinguirse su objeto (*sobrevenida imposibilidad de la prestación*, siempre que no se deba tal imposibilidad a dolo o culpa, artículos 1.298, 1.299), o al cesar o debilitarse la coactividad del vínculo (*excepción atribuida al deudor, anulación y rescisión*, artículos 1.300 y siguientes, *transformación de la obligación civil en natural*), y puede perecer—pero es causa excepcional, dada la universal transmisibilidad activa y pasiva de las obligaciones por sucesión hereditaria—, por la *muerte del deudor* o *del acreedor* en aquellas obligaciones que, como la renta vitalicia (art. 1.798), la sociedad (art. 1.729), el mandato (artículo 1.757), el arrendamiento de obra (art. 1.642), elevan a momento esencial del vínculo la personalidad individual de un determinado sujeto; en casos más especiales todavía parece la obligación con la *sobrevenida incapacidad de la persona* (como la interdicción y la inhabilitación, artículos 1.729, 1.757). Otras extinciones se producen por hechos incompatibles con la subsistencia de la relación, por un acuerdo liberatorio entre acreedor y deudor, tales, por ejemplo, la reunión en una misma persona de las cualidades de deudor y acreedor (*confusión*, artículos 1.296 y siguientes), la contemporánea existencia de dos deudas recíprocas entre los mismos sujetos (*compensación*, artículos 1.285 y siguientes), el *concurso de dos causas lucrativas* (artículo 843), la extinción de la propiedad o posesión de la cosa de la

que la obligación deriva (*derelictio* en las *obligationes propter rem*, artículos 549, 676), el acuerdo extintivo del vínculo contractual (*mutuo disentiemento*, art. 1.098), la transfusión de la obligación existente en una nueva a consecuencia de una mutación de sujetos o de objeto (*novación*, artículos 1.267 y siguientes).

La serie no termina aquí, y a las causas de extinción comunes a las demás relaciones jurídicas o especiales de las obligaciones, que son modos generales de extinción de las mismas, habrá que añadir otras causas peculiares a determinadas obligaciones que se aplican solamente a un tipo o grupo restringido de vínculos.

En esta multiplicidad y diversidad de modos de extinción de las obligaciones se impone, de una parte, la necesidad de una sistematización orgánica que permita reducir las distintas causas a categorías homogéneas, y, de otra, se reconoce la casi invencible dificultad de clasificarlas de un modo completo. Las clasificaciones propuestas por los autores son muchísimas, pero ninguna de ellas ha obtenido universal asenso.

Se puede partir—y esta es la categoría más admitida—de la consideración de la eficiencia de los distintos modos de extinción, separando los *generales*, o sea, los comunes a todas las obligaciones, como el pago, la novación, la remisión de los *especiales* a algunas de ellas o a algunos de sus grupos, como la muerte del acreedor o del deudor, el concurso de dos causas lucrativas, el abandono de la cosa. Pero es un criterio demasiado elástico este de la universalidad o especialidad para poder fundar en él una clasificación. En él se inspira, en parte, el art. 1.236, que enumera nueve modos de extinción (pago, novación, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa debida, anulación y rescisión, condición resolutoria, prescripción extintiva), y toma en especial consideración las causas extintivas generales. Pero no todas las indicadas son tales: el *interitus rei* no es más que una especie de la sobrevenida imposibilidad de la prestación; la condición resolutoria es una forma particular de las obligaciones así condicionadas. Por esta razón es fundada la censura hecha al legislador de haber sido éste no sólo inexacto, sino también in-

completo; apenas se puede justificar apoyándola en la tradición (art. 1.234 del Código francés) y en el propósito de citar los modos más importantes y frecuentes de extinción.

En un aspecto externo y formal se apoya la otra clasificación, que distingue entre causas que operan directamente sobre la existencia de la obligación y causas que operan de modo mediato. Unas afectan de modo radical al vínculo, de modo que sólo por la intervención de estas causas la obligación queda extinguida; las otras, consistiendo en una excepción que el obligado puede oponer para impugnar el vínculo, dejan éste subsistente en tanto no se impugne. Se habla, en el primer caso, de extinción *ipso jure* o inmediata y directa; en el segundo, de extinción *ope exceptionis* o mediata e indirecta, porque no extinguen propiamente la obligación, sino que más bien la acción del acreedor queda paralizada por la excepción del deudor. A esta clasificación aparece conectada la subdistinción de modos que, operando *ope exceptionis*, exigen la invocación de las partes en forma que no es posible al Juez suplir su silencio, como ocurre en la prescripción extintiva (art. 2.109) y modos que actúan de otra manera; a todos éstos se contraponen aquellos modos que, como el pago, la novación, la sobrevenida imposibilidad de la prestación, etc., operan de pleno derecho.

Más valor tienen aquellas clasificaciones que no toman en consideración el aspecto externo, sino que, considerando esencial la voluntariedad del acto extintivo o la obtenida satisfacción del acreedor, reposan en criterios que reflejan la esencia o el fin del vínculo.

Por el primer criterio, los modos son, unos *voluntarios* y otros *no voluntarios*, en cuanto la causa de extinción depende o no de la voluntad de las partes. Puede a su vez depender del acto voluntario de una sola de las partes, como el pago, la remisión, el desistimiento o rescisión en los contratos o de la voluntad de ambas, como la *datio in solutum*, la novación, el mutuo disenso. Los restantes modos, como la confusión, la sobrevenida imposibilidad de la prestación, la muerte, y la sobrevenida incapacidad de los sujetos, la prescripción extintiva, etc., operan sin y aun contra la voluntad por virtud de un hecho contrario a la

subsistencia de la obligación o por virtud de una disposición legal.

En el segundo aspecto, unas causas presuponen que el interés del acreedor ha sido satisfecho, otras excluyen dicho supuesto; y como esta satisfacción puede producirse directa o indirectamente, entre los modos de satisfacción figuran, además de la *solutio* y la *datio in solutum*, la compensación, la concurrencia de dos causas lucrativas y, en un cierto aspecto, la novación. Los demás modos son *no satisfactorios*. Combinando con ésta la distinción precedente, puede añadirse que de aquellos medios extintivos de la obligación, que no satisfacen el interés del acreedor, unos reposan en la voluntad de las partes, como la remisión, el mutuo disenso, la rescisión; los demás, en un precepto del ordenamiento jurídico o en un hecho que impide la supervivencia de la obligación, como la prescripción, la imposibilidad de la prestación, la confusión, la muerte del deudor o del acreedor.

Sin embargo, tampoco estas clasificaciones, aunque más científicas, están exentas de defectos que derivan de la multiforme variedad de las causas, que no consiente el catalogarlas rigurosamente en las citadas categorías.

La actuación de cada una de ellas se examinará separadamente.* Hablaremos tan sólo de aquellas que tienen más importancia, como la novación, compensación, confusión, remisión de la deuda, rescisión y anulación. Del pago y de la *datio in solutum*, así como de las instituciones con ellos relacionadas, como la subrogación, la imputación y la oferta real, han sido ya estudiadas al tratar de la doctrina del cumplimiento (§ 74) y de la mora del acreedor (§ 75); de la sobrevenida imposibilidad de la prestación tratamos ya al hablar del incumplimiento (§ 75); la condición resolutoria y el término final, así como la prescripción extintiva, pertenecen a la doctrina general del negocio jurídico (vol. I, §§ 30, 31 y 34). En la teoría general de los contratos estudiaremos el mutuo disenso, la muerte del acreedor o del deudor, la rescisión; en la de los legados nos ocuparemos de la concurrencia de dos causas lucrativas (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— Como nota correspondiente a este pará-

§ 81.—*De los modos de extinción en particular*

Brugi, *Ist.*, § 71; Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 555, 549; Chironi, *Ist.*, II, §§ 295-303; Crome, *Obblig.*, §§ 26, 29; Zachariae, *Man.*, 2 §§ 303-319; Aubry y Rau, *Cours*, V, §§ 308, 323, 339; Planiol, *Traité*, II, números 529 y siguientes; Windscheid, *Land.*, II, 1, §§ 348-361.

Novación (1).—Aunque la novación moderna no es por la forma de realizarse ni por la función que cumple, la *novatio* del Derecho romano, puede, sin embargo, aplicarse a esta sustitución que el Código disciplina en sus artículos 1.267-1.278, la célebre definición dada por Ulpiano en el fr. I. D. 46. 2: «*Novatio est priori debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque traslatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione*».

No es una mera transformación del derecho de crédito por el cambio operado en uno de sus elementos constitutivos o accesorios, sino la constitución de un nuevo derecho de crédito, sobre la base y con la esencia de una precedente relación obligatoria que queda extinguida; o mas precisamente: la extinción de una obligación mediante la constitución de una obligación nueva que substituye a la anterior. Se trata simplemente de un acto que, substituyendo una obligación existente por otra nueva, crea un nuevo vínculo obligatorio y extingue otro cuyo contenido absorbe aquél total o parcialmente, siendo ambos vínculos distintos aun siendo idénticos sus contenidos. Es la novación un acto de eficacia compleja que se basa en una voluntad dirigida a extinguir un crédito, creando otro nuevo, siendo en él decisiva

grafo no haremos más que transcribir el art. 1.156 de nuestro Código civil: «las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento, por la pérdida de la cosa debida, por la condonación de la deuda, por la confusión de los derechos de acreedor y deudor, por la compensación, por la novación».

(1) La literatura especial reproduce la teoría del Derecho romano y común, pero tiene esta gran importancia para el civil: Jein, *Beitrag zur Lehre von der Novation und Delegation*, Jena, 1850; Salpius, *Novation und Delegation nach röm Recht*, Berlín, 1864; Solkowski, *Zur Lehre von der Novation nach röm Recht*, Leipzig, 1866; Gides, *Etudes sur la novation et*

la voluntad del acreedor de la primitiva obligación, para el cual la nueva funciona como cumplimiento de la primera (1).

Profundamente diversas son, sin embargo, como ya dijimos, la forma, la estructura íntima y la función de la novación en el derecho moderno y en el romano, y sobre todo en el derecho clásico más aún que en el justiniano. En el Derecho romano clásico se producía la novación siempre que, concurriendo la voluntad precisa, un negocio formal absorbía el contenido de una obligación causal o de una obligación formal diversa anterior; el instrumento adecuado era la *Stipulatio*, que precisamente como obligación formal (desprovista de causa propia) era idónea (ella sola idónea, excepción hecha del contrato literal) para recibir como contenido propio el de cualquiera otra obligación causal preexistente. Las partes podían hacer objeto de la *stipulatio* novatoria una deuda ya existente fundada en una *causa praecedens*; esta deuda quedaba extinguida ya fuera que a un nuevo acreedor o por un nuevo deudor se prometiese lo que era ya debido en virtud de la anterior relación obligatoria por otro deudor o a distinto acreedor; ya fuera que sin cambio alguno de sujetos, se operase por acuerdo de las partes un cambio relativamente al objeto de la deuda añadiendo algo nuevo o variando alguno de sus elementos accesorios (adición o supresión de términos o condiciones, producción de intereses, constitución de garantías reales o personales, etc.). Un negocio causal no hubiera sido idóneo para producir este efecto extintivo, ya que teniendo, como tendría, una propia causa, no podría absorber la causa de la primitiva obligación; su efecto sería, no el de extinguir la obligación precedente, sino el de añadir a esta otra nueva (2).

le transport de creances en dr. rom., París, 1879; Fadda, *La novazione in dir. rom.*, Cagliari, 1880; Blume, *Novation Delegation und Schuldübertragung*, Gottingen, 1895.

(1) En este aspecto, en cuanto que la nueva obligación se considera como satisfacción indirecta de la precedente relación de crédito que por ello queda extinguida, es lógica la inclusión de la novación entre los modos extintivos de las obligaciones.

(2) Así, según el ejemplo citado de los autores, si un acreedor del

Servía, por tanto, la *novatio*, para conseguir fines distintos que no se hubieran podido alcanzar de otra manera, dado el riguroso formalismo romano; permitía; pues, modificar en alguno de sus elementos la deuda precedente, el añadir a ella garantías personales, el darle una nueva forma y una mayor eficacia, y, sobre todo, el transportar de una persona a otra, pasiva o activamente, el derecho de crédito.

La novación moderna no sirve a todos estos fines, ni es instrumento indispensable para conseguirlos, ni tampoco se ofrece bajo la forma de un negocio formal como la *stipulatio*. Habiéndose debilitado en el derecho justinianeo el antiguo formalismo desapareció en el derecho actual, en el que no se requiere ya un negocio formal, sino que, concurriendo el *animus novandi* a un negocio causal cualquiera, basta a producir el efecto novatorio. Desligado de aquel formalismo, el derecho moderno hace posible, de una parte, adiciones y modificaciones de la relación anterior, sin que ello implique extinción de ésta, y exige más bien, para que se dé la novación, que entre la primera y la segunda deuda haya una sustancial diversidad (así que no bastan por regla general para producirla, la adición o supresión de término, el cambio del *locus solutionis*, la estipulación de intereses o cambio de su tipo o la constitución de una garantía real o personal); admite que la misma *causa debendi* pueda cambiarse en cuanto permite que la causa precedente pueda sustituirse por otra que extinga la deuda anterior y produzca otra nueva. No necesita recurrir a la novación para modificar o transformar la obligación,

precio de la venta conviene con el comprador en dejar en poder de éste el precio a título de préstamo mutuo, tal convención no constituye novación; se tendrán dos obligaciones distintas y sucesivas, cada una con causa propia y específica que no es absorbida por la otra. El importe o cuantía de la suma es común a ambas y no podrá ser exigida dos veces por dos títulos diferentes, primero *ex-vendito* y luego *ex-mutuo*; pero la convención no tiene otra finalidad—si las partes quisieron que el deudor lo fuera como mutuuario y no como comprador—que la de evitar un inútil desplazamiento de numerario; se considera que el precio ha sido satisfecho al vendedor y que éste lo prestó luego al comprador. Windscheid, *Pand.*, II, 1. § 354, n. 2; Ferrini, *Pand.*, § 502; Crome, *Obblig.*, página 341, n. 30.

y de este modo ha desaparecido una de las funciones principales de la *novatio* romana, la de operar la transmisión del crédito o del débito, ya que estos fines pueden realizarse por vías menos oblicuas e imperfectas, como son la cesión, la subrogación, la asunción. La institución, en el derecho moderno, tiene, a más de diversa estructura, mucha mayor importancia que en el derecho antiguo (1).

Sus requisitos son: una obligación precedente que se sustituye por la nueva; una obligación nueva que extingue la antigua; la intención de novar (*animus novandi*); la capacidad de las partes.

α) La obligación antigua debe subsistir para que la novación tenga causa; pero puede ser anulable o ineficaz y (para aquellos que admiten este efecto en la novación moderna) aun no estar protegida por acción alguna como las obligaciones naturales. En esta novación la voluntad de las partes se propone renunciar al derecho de impugnativa, confirmar la precedente obligación anulable, transformar en civil la obligación natural. La obligación primitiva puede ser condicional, y la nueva, pura; lo que implica que cuando la voluntad no se haya propuesto suprimir la condición (en lo que no habría novación), sino que persiga extinguir la obligación antigua creando otra nueva, esta última no surge sino al cumplirse la condición de la primitiva, y ello porque faltando esta condición cesaría la obligación preexistente y con ella la causa de la nueva.

β) La obligación nueva debe ser jurídicamente existente y además válida y eficaz; una obligación nueva nula no podría extinguir una precedente y válida; si la obligación nueva fuese

(1) De esta consideración se ha dejado guiar principalmente el legislador germánico, que desterró la novación completamente del nuevo Código, estimando superflua su regulación como institución independiente o como modo de extinguir las obligaciones. La extinción de un derecho de crédito y la creación de otro que lo sustituya es un simple efecto de la libertad de convención de las partes. Se conservó, no obstante, una referencia en el § 364. El Código suizo de las obligaciones la desterró también en gran parte. Brevemente tratan de ella los artículos 116 y 117.

ineficaz e impugnable, otorgaría al acreedor, cuando fuese impugnada, el derecho de hacer valer la primera, en fuerza del injusto enriquecimiento que al deudor reportaría el negocio, que a diferencia de la remisión no es liberatorio. Inversamente al caso precedente puede una obligación pura sustituirse por otra condicional; entonces (salvo que se hubiere querido supeditar a condición la obligación antigua, la cual no constituye una *novatio*) la novación misma y consiguientemente la extinción de la obligación primitiva se sujeta a condición; así que, pendiente la condición, como quiera que no surge la obligación nueva, no puede hacerse valer la extinción de la antigua cuyo cumplimiento tampoco podrá exigirse estando la condición pendiente (1).

γ) El tercer requisito, o sea el *animus novandi* ha dado lugar en el derecho moderno a graves incertidumbres y discusiones. Por tal se entiende la efectiva intención de las partes de sustituir la obligación antigua por otra nueva, de extinguir un débito preexistente mediante la creación de otro nuevo. Derivó a nuestro derecho del justiniano, en el cual fué introducido por vez primera por los bizantinos, quienes por no haber entendido rectamente la estructura y esencia propias de la institución tal como se formó en la doctrina clásica, transformaron, o mejor dicho, reformaron su íntima naturaleza (2). Esta voluntad puede ser

(1) Kniep, *Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation*, 1860; Römer, *Die bedingte Novation nach dem röm. und. heut. gem. Recht*, 1863.

(2) Según el derecho clásico la novación y con ella la extinción del débito precedente, surgía de la forma en que aquélla se operaba, no de una declaración de voluntad con tal fin; era el *idem debitum* común a las dos obligaciones sucesivas, el que haciendo incompatible la coexistencia de entrambas, extinguía una en el momento en que surgía la otra. Justiniano, en cambio, entendiendo mal las disquisiciones de los clásicos encaminadas a determinar cuándo en cada caso podía considerarse cumplido aquel requisito objetivo que según su doctrina producía la *novatio*, declara necesario abolir las incertezas, suprimir las presunciones de voluntad, y la ambigüedad propia de la investigación de la voluntad de novar deducida de indicios; introduce por primera vez este requisito intencional en lugar del objetivo; exige un *animus novandi* expresamente declarado, en defecto del cual a la obligación primitiva se considera

expresa y tácita; si es expresa no precisa el uso de formas y palabras determinadas; si la voluntad se manifiesta tácitamente, precisará averiguar la interna intención que revelan los actos externos siempre que éstos lo revelen claramente; es decir, sin ambigüedad. Tal es precisamente el valor y alcance del art. 1.269. «La novación no se presume, sino que precisa que del acto resulte claramente la voluntad de efectuarla». Reproduciendo la doctrina justiniana que es tradicional, la norma del Código excluye toda presunción de novación (porque, dado el efecto extintivo de ésta, no es lícito deducirla de conjeturas y presunciones) y declara decisivo sobre todo otro elemento la voluntad de las partes, en cuanto ésta resulte clara y unívoca de una explícita declaración o de hechos y actos equivalentes (1). Cuando la voluntad de novar aparezca excluida, debe estimarse que surgió al lado de la primera una nueva obligación sin que aquélla se extinga.

añadida una segunda. El principio nuevo es que *voluntate solum esse non lege novandum*; 18, § 1, c. 8. 4 (42); § 3, *Inst*, 3. 29. De lo que derivan las numerosas interpolaciones referentes al *animus novandi* que se hallan en muchísimos textos de los jurisconsultos. Véase Costa, *Animus novandi* (*St. p. Schupfer*, 2, páginas 50 y siguientes); Ferrini, *Obblig.*, páginas 846 y siguientes.

(1) Sería erróneo interpretar la palabra «claramente» en el sentido de «expresamente» y exigir una expresa declaración de voluntad. Cuáles sean concretamente los casos en que el acto revela de modo seguro y sin ambigüedad el *animus novandi*, es cuestión de hecho que habrá de resolverse caso por caso y que es a veces de muy difícil solución. Por regla general precisa que repugne a lo realizado por las partes la coexistencia de la primera y de la segunda obligación; que en otros términos, haya incompatibilidad entre la constitución de un débito nuevo y la permanencia del primitivo. Es jurisprudencia constante, que no implique novación la emisión de letras de cambio como pago de una deuda que surgió ya en virtud de causa propia. (Vivante, *Dir. Comm.*, III, n. 1.119; en el mismo sentido el Código suizo de las Obligaciones, art. 116); hay, en cambio, novación por disposición expresa del art. 345 del Código de Comercio en las anotaciones de créditos en cuenta corriente (en sentido opuesto el Código suizo de las obligaciones, art. 117). Contrariamente no implica novación ni puede ser aquí tomado en consideración el cambio en los elementos accesorios del débito (adición de términos, de cláusulas penales, de garantías, de pactos sobre intereses, cambio de lugar del cumpli-

δ) Finalmente las partes deben ser capaces de contratar (artículo 1.268) lo que respecto al acreedor significa que debe poseer la capacidad de enajenar, tanto más si se piensa que la novación, implicando extinción de alguna obligación, entraña una disposición del crédito.

Las especies de la novación son esencialmente dos (abstracción hecha de la distinción de voluntaria y necesaria que entraña la doctrina del efecto consuntivo y novatorio de la contestación de la litis): una *objetiva o real* cuando entre los mismos sujetos un débito es sustituido por otro nuevo; otra *subjetiva*, cuando la obligación nueva difiera de la primitiva por cambio de deudor o de acreedor. Son éstas—según el art. 1.267—las tres maneras de verificarse la novación; pero nada impide que la objetiva concorra en una misma relación con la subjetiva y que las tres mutaciones se operen simultáneamente.

a) Se da la novación *objetiva* cuando el deudor contrae, con relación a su acreedor, una nueva deuda que sustituye a la antigua que se extingue (art. 1.267, núm. 1). Ya se dijo que para que esta novación se produzca, no basta el cambio de modalidades o elementos accesorios de la obligación. Los casos más importantes de esta clase de novación son aquellos en que se da un cambio del objeto (por ejemplo, la sustitución de una prestación de hacer por otra de dar a la de una prestación de dar cien por otra de dar un caballo) o un cambio de la *causa debendi* (transformación de un débito por precio en otro por mutuo); en este caso de novación no se dan los obstáculos que se ofrecían en el Derecho romano en el que precisaba la permanencia del *idem debitum*, y en el que, por la naturaleza formal de la *stipulatio*, se excluía la eficacia consuntiva o extintiva de un negocio causal y consiguientemente la sustitución de la *causa debendi*. No se niega con ello que otros cambios objetivos puedan producir novación; pero como para producir ésta no basta el *animus*

miento, etc.), porque por la naturaleza misma de la novatio moderna se exige un cambio esencial en la obligación; se discute si en estos leves cambios a que hemos aludido puede apreciarse una intención novatoria. Véase Giorgi, *Sul criterio giur. della novazione oggetiva* (*Foro it.*, 1890, I, página 1.134).

cuando más que de constituir una obligación nueva se trate de modificar la precedente, así tampoco una diversidad substancial basta cuando con ella no concurre la intención de novar.

b) La novación *subjetiva* tiene lugar por sustitución del deudor antiguo por otro nuevo, quedando aquél liberado (artículo 1.267, núm. 2), o por sustitución del acreedor primitivo por otro, quedando el deudor liberado con relación al primero (artículo 1.267, núm. 3). Se trata, pues, de sustituir una obligación anterior por otra en la cual el deudor o el acreedor viene subrogado por una persona diversa, quedando roto el vínculo obligatorio con relación a la persona a quien la nueva sustituye; el deudor primitivo cesa de estar obligado; el acreedor anterior pierde su crédito. El negocio jurídico que más frecuentemente actúa tales cambios es la *delegación*: delegación *pasiva* si el deudor encarga a un tercero que pague o prometa al propio acreedor liberando al primero; delegación *activa* si el acreedor encarga al deudor que pague o prometa a un tercero y lo libera con relación a él; pero siempre en uno y otro caso es *novatoria* por el efecto liberatorio que produce, en antítesis a la llamada simple o imperfecta, que adicionando una segunda obligación no extingue la primitiva. Las causas y consecuencias de la delegación, las relaciones que como supuesto de la misma deben mediar entre las partes fueron ya estudiadas. Basta consignar aquí que para producir el efecto novatorio, es siempre indispensable el triple consentimiento de los dos sujetos originarios y del tercero que oficia de sustituto activo o pasivo. Respecto al efecto liberatorio, es preminente la voluntad del acreedor, el cual, así como en la delegación novatoria activa, manifiesta su intención de liberar a su deudor con respecto a sí, encargándole que pague a otro, en la delegación novatoria pasiva, no libera al primer deudor con la mera aceptación de la promesa del segundo, sino únicamente cuando declara expresamente que quiere liberarlo (art. 1.271). Pero la novación por cambio de deudor puede producirse sin delegación; ello ocurre mediante la *expromisión*, en cuya virtud un tercero sin previo encargo, promete al acreedor lo que el deudor originario le debía y el acreedor libera al primero; aquí no precisa el consentimiento del deudor originario (art. 1.270); así

que el negocio novatorio se perfecciona solamente por el consentimiento de dos personas. Ya se dijo que no bastaba a producir la novación la indicación de una persona para verificar el pago o el cobro (art. 1.273).

Los efectos de la novación objetiva o subjetiva se refieren todos a lo que constituye su momento esencial: la extinción de la primitiva obligación. Ciertamente que un primer vínculo se disuelve en cuanto otro nuevo se constituye, sustituyendo al primero, que una nueva relación opera la extinción de la anterior, en forma que al surgir la nueva se extingue inmediatamente la primitiva; el nexo, al verificarse el doble y contemporáneo evento, queda roto y la nueva obligación sigue su suerte independientemente de la primitiva y en todo regida por la propia causa, y según las propias modalidades. Ello quiere decir que toda causa sobrevinida que prive al acreedor de la satisfacción de su crédito o disminuya ésta, no puede hacer revivir la obligación extinguida, y por ello, tampoco las modalidades ni los elementos accesorios del débito primitivo se transmiten al segundo.

Obsérvese especialmente: 1) Que en una novación objetiva la pérdida de la cosa o la sobrevinida imposibilidad de la prestación no otorgan derecho al acreedor de demandar la prestación primitiva. 2) Que en la subjetiva por delegación del deudor, el acreedor que haya aceptado el nuevo deudor, liberando al primitivo, no tiene acción de reembolso contra éste, si aquél es insolvente, salvo el caso de reserva expresa o de deudor delegado, cuando se hallaba en situación de insolvencia o quiebra (artículo 1.272). 3) Que tanto en una como en otra, los privilegios, hipotecas y garantías reales y personales, no pasan al nuevo crédito (artículos 1.274, 1.275, 1.277, párr. 1.^o); las garantías reales se extinguen con la obligación, los fideinsosores quedan liberados y los bienes del nuevo deudor no están sujetos a las hipotecas de la primera deuda; además, en la objetiva el acreedor puede, merced a una expresa reserva salvar las garantías reales dadas por el deudor sobre bienes propios en los límites que consienta el respeto a los derechos de tercero (art. 1.274). En la subjetiva por sustitución del deudor precisa el consentimiento del deudor

primitivo y el de los fiadores para mantener vinculados los bienes del deudor originario y los fiadores del mismo (1).

II. *Compensación* (2).—El fundamento de esta institución es racional y claro. Cuando dos personas son entre sí acreedores y deudores recíprocos, las dos partidas de crédito y débito se equilibran o destruyen totalmente si son de cantidades iguales o hasta concurrencia de la cantidad menor si desiguales. Sería inútil el pago efectuado por el deudor cuando el acreedor debe también pagarle; sería también injusto constreñir al cumplimiento al deudor que es, a la vez, acreedor por el peligro a que el contracrédito puede exponerse si después de la primera *solutio* sobreviene la insolvencia del acreedor satisfecho. Responde, por tanto, a una exigencia de la equidad el autorizar a cada una de las partes a retener para satisfacción del propio crédito la cantidad debida a la otra. Es, por consiguiente, la compensación un modo de extinción de las obligaciones recíprocas, basado en la satisfacción que obtiene cada acreedor sin necesidad de desplazamiento inútil de moneda.

Es oportuno transcribir aquí una famosa definición romana, debida a Modestino (fr. 1. D. 16. 2.), *compensatio est debiti et crediti inter se contributio*, la cual unida a otros notables pasajes como el de Pomponio (fr. 3. D. eod.): *Iaeo compensatio necessaria est; quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* y el de Paulo (fr. 8, pr. D. 44. 4), *Dolo facit, qui petit quod*

(1) Respecto a los efectos de la novación en las obligaciones solidarias véanse los artículos 1.276 y 1.277.

(2) Con respecto al Derecho romano y al común: Brinz, *Die Lehre von der compensation*, 1849; Dernburg: *Geschichte und Theorie der compensation*, 2.^a edic., 1868; Schwabers, *Die compensation nach röm. Recht.*, 1870; Eisele, *Die compensation nach röm. und gem. Rech.*, 1876; Appleton, *Histoire de la compensation en dr. rom.*, 1895; Leonhard, *Die Aufrechnung*, 1896; Longo, *Le compensazione in dir. rom. (Riv. it. p. le sc. giur., XXII, páginas 96 y siguientes)*. Respecto al derecho civil moderno: Desjardins, *De la compensation*, 1864; Sacerdoti, *La compensazione delle obbligazioni (Arch. giur., XVI, 1876, páginas 383 y siguientes)*, Galluppi, *La teoria della compensazione secondo il dir. civ. it.*, Roma, 1879; Cuturi, *Traff. della compens. nel dir. priv. it.*, Milán, 1909.

redditurus est, expresa el contenido, la función práctica, el fundamento equitativo de la compensación.

En el Derecho romano fué ya, en efecto, reconocida a la coexistencia de dos créditos recíprocos la virtud de paralizar las recíprocas acciones, cuando uno de los acreedores alegase contra el otro aquella coexistencia o poniéndola como excepción a la demanda de la parte contraria. La institución, sin embargo, tuvo una muy limitada aplicación en el derecho clásico. Téngase presente que—aparte la libre facultad de los acreedores recíprocos para renunciar a sus respectivas acciones y para considerar extinguidos sus créditos—no hubo una verdadera obligación de compensar (que confiriese a cada uno el derecho de retener la prestación debida y satisfacer su crédito con ella), no fué admitida, sino en determinadas y especiales relaciones como, por ejemplo, en las del *argentarius* (banquero), quien podía accionar solamente por el saldo de cuenta contra su cliente y en las del *bonorum eptor* (adquirente de los bienes del quebrado), que estaba obligado a deducir lo que al deudor del quebrado debía éste a su vez; y fuera de estos casos solamente en los *iudicia bonæ fidei*, en los que se confería al *officium iudicis* la facultad de tener en cuenta los créditos recíprocos, condenando tan sólo por el importe de la diferencia. Justiniano reconoció a la compensación el carácter de medio universal de elisión de dos créditos contrapuestos, pero respecto a la reforma por él introducida, y a su declaración de que la compensación debía operar *ipso iure* (cfr. I. 14. C. 4. 31; § 30 Inst. 4. 6.), ha surgido una viva controversia entre los romanistas, algunos de los cuales opinan que la reforma se proponía introducir al lado de aquella compensación que se actuaba por convención de las partes o por declaración del Juez, otra compensación legal (ignorada del derecho clásico); y otros sostenían que precisaba que el Juez declarase en todo caso la procedencia de la compensación sin necesidad de que las partes la dedujesen como excepción.

Como quiera que se solucione tan arduo problema histórico, lo cierto es que el derecho intermedio admitió la existencia de la compensación legal y de esta concepción de la institución derivan las normas con que el Código la disciplina (artículos 1.285 a

1.295). Aunque el Código parece referirse únicamente a la compensación legal tres especies de compensación se hallan previstas en él, por lo menos virtualmente: la convencional, la judicial y la legal.

a) *Convencional* es la que tiene lugar en virtud de un contrato celebrado entre las partes que son entre sí recíprocos acreedores. Pudiera parecer—ya que dados los requisitos fijados legalmente y que más adelante se recordarán, la compensación tiene lugar de pleno derecho independientemente de la voluntad y del conocimiento de las partes—que es supuesto necesario de la compensación convencional la falta de alguno de estos requisitos. El acuerdo debe encaminarse siempre a eliminar el obstáculo que se opone a que se opere la extinción *ipso iure*. Pero aunque éste es, en realidad, el caso más frecuente no es el único; aun en los casos en que la compensación se operaría *ope legis*, puede intervenir una convención para promoverla preventivamente o para regularla con modalidades distintas de aquellas que determinan las normas jurídicas que regulan la compensación legal.

Sin ser convencional, es voluntaria y distinta, por tanto, de la judicial y de la legal aquella que en la doctrina tradicional suele designarse con el nombre de *facultativa*; ella depende de una declaración unilateral de voluntad de la persona en la cual concurre un obstáculo para que la compensación se verifique; declaración que elude dicho obstáculo por la renuncia a oponerlo. En tal caso, es supuesto necesario que falte una de las condiciones esenciales para que la compensación legal se verifique por ser, por ejemplo, el contracrédito ilíquido o hallarse afecto de un término o nacer de una de las causas que a la compensación se oponen. El deudor renunciando al término fijado en su favor o aceptando la liquidación del adversario, no oponiendo la inidoneidad de la causa, hace posible la compensación de derecho que de otro modo resultaría impedida (1).

(1) Agudamente observa Ferrini *Obblig.*, pág. 829 que sustancialmente la compensación facultativa se reduce a una forma de compensación legal: la voluntad del declarante se reduce a eliminar un obstáculo a ha-

b) *Judicial* (1) es la compensación cuando, faltando alguno de los requisitos que la producirían de pleno derecho, la pronuncia el Juez, acogiendo la excepción o reconvencción que contra la demanda del actor opone el demandado. El que la compensación legal se pueda y se haga valer en juicio no implica que se transforme en judicial; se debe entender que cuando el acreedor contesta y no reconoce que la extinción se ha verificado ya *ipso iure*, pueda y deba el adversario invocarla ante el Juez, quien no la declara supliendo la falta de requisitos, sino como espontáneamente ocurrida. El principio que le sirve de base es el poder otorgado al Juez de admitir la posibilidad de que el demandado pruebe la existencia de su crédito contra el actor o de promover la liquidación de aquel que, siendo incontestado, es indeterminado en su importe. El caso más frecuente es precisamente el de un crédito ilíquido. Pero como la acción del acreedor no debe ser paralizada por la excepción que el demandado quiera oponer (a menudo con un fin dilatorio o para molestar al adversario, se oponen excepciones y reconvencciones totalmente infundadas o de difícil comprobación), resulta claro que tal potestad se limita a los casos en que la prueba de la existencia o de la liquidación del crédito es de rápida y fácil solución. En hipótesis distinta, la comprobación del crédito opuesto será objeto de juicio separado y será rehusada la compensación (Código de Procedimiento civil, artículos 100-102).

c) *La compensación legal* es aquella que se opera en virtud de la ley, según la cual, concurriendo los requisitos fijados por

cer posible la compensación legal. Se suele afirmar que la diferencia entre ambas especies estriba en que mientras la legal se extingue ambos créditos en el momento mismo de su coexistencia, la facultativa suite efecto en el momento mismo de la demanda. Si con esto se afirma que la facultativa no produce efecto retroactivo, la afirmación es exacta; pero precisamente esto evidencia que no hay diferencia entre las dos, porque solamente en el momento en que suprime el obstáculo puede decirse que hay coexistencia de dos créditos compensables.

(1) Sechi, *La compensazione giudiziale e la sua proponibilità in giudizio* (Filang, 1915, páginas 686 y siguientes); Bruggi, *Compensazione giudiziale di crediti non liquidi di ambedue le parti* (*Riv. dir. comm.*, 1920, II, páginas 200 y siguientes) Ascoli en *Riv. dir. civ.* 1919, pág. 303.

la norma jurídica, la contemporánea existencia de dos créditos opuestos es causa autónoma y directa de la extinción de ambos hasta concurrencia del débito menor.

Esta extinción ocurre ignorándolo las partes, por la virtud intrínseca de los dos créditos opuestos de equilibrarse o destruirse recíprocamente desde el momento en que coexisten simultáneamente (art. 1.286). No precisa para que se opere, la voluntad de las partes, que no es causa de la compensación, puesto que cuando uno de los acreedores opone al otro la *exceptio compensationis*, invoca la extinción operada ya por virtud de la ley (1). Dadas las graves consecuencias a que la compensación *ipso iure* puede conducir, se afirma que la ley ha establecido, y la doctrina ha elaborado con rigor, las condiciones en que tiene lugar aquélla; y es muy importante, el determinarlas exactamente, porque la falta de una de ellas provoca la procedencia de una compensación judicial o facultativa. Ahora los requisitos esenciales son:

α) La *homogeneidad* de las prestaciones: éstas deben tener por objeto cosas que puedan sustituirse recíprocamente.

Mejorando la dicción del Código francés (art. 1.291), que habla de cosas fungibles, pero conservando la limitación a la obligación de dar, exige el art. 1.287 que ambos débitos tengan por objeto una suma de dinero o una determinada cantidad de cosas de la misma especie, que puedan en los pagos sustituirse unas por otras. Quedan excluidas, por tanto, las prestaciones que tengan por objeto una cosa cierta y determinada; tampoco puede

(1) Diverso es el sistema del Código civil alemán (§§ 387-396) que no acoge la tradicional teoría de la compensación legal; la compensación es concebida como un negocio jurídico unilateral, es decir, como una declaración de voluntad dirigida por una parte a la otra (§ 388) y que pone de manifiesto la intención de compensar el débito propio con el ajeno. Los créditos no se extinguen, pues *ipso iure* e ignorándolo las partes, si no que precisa siempre la voluntad de compensar; lo cual no impide que a extinción de los débitos deba considerarse operada (como en el sistema de la compensación legal) en el momento en que dos créditos coexisten simultáneamente; lo cual significa que la declaración unilateral tiene eficacia retroactiva (§ 389). Análogo es el sistema del Código suizo de las obligaciones (art. 124).

tener lugar la compensación de prestaciones que tengan por objeto cosas de especies distintas. La única excepción admitida (art. 1.287, párr. 1.º), es la de prestaciones no controvertidas de granos y alimentos, cuyo valor es regulado por el precio que tengan en los mercados; pueden compensarse con sumas de dinero, con tal que sean líquidas y exigibles.

β) Que ambos créditos sean *líquidos*; líquido es aquel cuya existencia es indiscutida y cuyo importe es determinado (*certum an et quantum debeat*). Es esta una exigencia lógica de la compensación en general, pero más especialmente de la compensación que, operando *ipso iure*, no requiere acto alguno de las partes ni del Juez; y si la compensación funciona como pago, es preciso que el débito sea cierto en cuanto a su existencia y cuantía. Cuando se dá esta certeza, se produce sin más la elisión de los créditos en el momento mismo en que aparecen contrapuestos; cuando falta, se requiere la intervención del Juez que compruebe y liquide para hacer compensables entre sí ambas partidas.

γ) *La exigibilidad* de ambos créditos: esto implica la ausencia de cualquier obstáculo al libre ejercicio de la acción por parte del acreedor. Debe, pues, tratarse de obligaciones provistas de acción (y por esto se excluyen las naturales), jurídicamente válidas (es decir, no sujetas a acciones de anulación o a excepciones perentorias), no sujetas a condición ni a término. Se toman aquí en especial consideración los débitos no vencidos aún, cuya compensación resulta impedida por la presencia del término; pero precisa que se trate de término verdadero y propio, no de mera dilación graciosamente otorgada, porque ésta, por expresa declaración del art. 1.288, no constituiría obstáculo a la compensación. No excluye la exigibilidad el hecho de que ambos débitos sean pagaderos en lugares distintos; pero como quiera que la ventaja de ser pagado en un lugar con preferencia a otro no puede ser sustraída al acreedor, establece una norma que en el contracrédito se deben computar los gastos de transporte al lugar del pago (art. 1.292).

δ) *La reciprocidad* de las obligaciones: las relaciones de crédito deben darse entre las mismas personas, de modo que el

que es deudor de otro debe ser al propio tiempo acreedor suyo. Ello explica por qué, dado un débito garantizado con fianza, puede el fiador oponer en compensación al acreedor lo que éste debe al deudor principal, y, en cambio, el deudor principal no puede compensar el propio débito con lo que el acreedor deba personalmente al fiador (art. 1.290); porque, dado un débito solidario, no puede uno de los deudores invocar la compensación de lo que el acreedor debe a su codeudor (art. 1.290, párr. 1.º), porque el representante no puede compensar contra tercero el débito propio con un crédito del representado, etc. A la hipótesis de que una misma persona posea varios débitos compensables se aplican, en cuanto a la determinación de aquel que debe efectivamente compensarse, las mismas normas establecidas para la imputación de pagos (art. 1.293); de esto se deduce también la función solutoria de la compensación.

Estas son las condiciones necesarias y suficientes para que ambos débitos se extingan *ipso iure*; no precisa que haya entre ellos identidad de causa, ni se exige en las partes capacidad de cobro o pago; la compensación procede, sean cualesquiera las causas de uno y otro débito (art. 1.289, párr. 1.º), y también cuando falte la capacidad en los sujetos, porque la compensación se produce por disposición legal, incluso ignorándolo las partes (art. 1.286). Sin embargo, aun concurriendo los requisitos vistos, puede no producirse la compensación, y los obstáculos pueden derivar de la ley misma por favor otorgado a ciertos créditos o la voluntad de las partes.

α) *De la voluntad de las partes* deriva el obstáculo cuando se renuncia a la compensación. La duda de que la compensación legal, respondiendo, como responde, a un interés general, no admite una renuncia preventiva (1); ha sido resuelta por expresa disposición de nuestro Código (art. 1.289, núm. 4), que, modificando el Código francés (art. 1.293), la ha admitido. Si la renuncia se hace cuando la compensación se ha operado ya, por haberse cumplido sus condiciones, más que de renuncia a la compensación debe hablarse de renuncia a sus efectos, los cuales,

(1) Crome, *Obblig.*, pág. 349.

habiéndose ya producido, pueden considerarse por las partes como no ocurridos, en tanto ello no implique lesión a los derechos legítimamente adquiridos por los terceros en virtud de la operada extinción de los créditos.

La renuncia puede hacerse expresa y tácitamente, y un ejemplo de esta última es el pago del débito propio; a este caso se refiere la norma del art. 1.295, que prohíbe a quien pagó el débito propio y luego acciona por el crédito el valerse en perjuicio de terceros de las hipotecas y garantías anejas a su crédito. Pero por la protección debida al justo error no se produce tal efecto para quien pagó ignorando la existencia de su propio crédito, ni se le reserva únicamente la acción que de éste se deriva; el que incurrió en error podrá utilizar la *condictio indebiti* para hacer valer la extinción que, sin él saberlo, se había ya operado.

β) Por *disposición legal*, tomada en consideración la naturaleza especial del crédito o la cualidad del acreedor, no están sujetas a compensación: 1) las demandas de restitución de una cosa de que el demandante fué injustamente despojado (artículo 1.289, núm. 1), en obsequio al principio *spoliatus ante omnia restituendus*; 2) las de restitución de la cosa depositada o dada en comodato (art. 1.289, núm. 2); 3) los créditos por alimentos que hayan sido declarados insecuestrables (art. 1.289, núm. 3); 4) los créditos del Estado por los impuestos y contribuciones y por las necesidades de la administración financiera; todos los demás créditos del Estado, cuando contra él se tenga un crédito frente a una Caja o hacienda distintas del Estado (1).

Los efectos de la compensación son los mismos que los que el pago produce, ya que aquélla realiza las funciones de éste. Se extinguen, pues, los dos créditos hasta concurrencia de la cantidad en que se corresponden, y la extinción se verifica *ipso iure* en el momento mismo en que coexisten en la compensación legal; y cuando ésta sea contestada y una sentencia judicial rechace la impugnación, la sentencia, como las que tienen mero

(1) Giorgi, *Obblig.*, VIII, pág. 82, n. 2; Lomonaco, *Obblig.*, II, páginas 403 y siguientes.

valor declarativo, opera *ex tunc*, es decir, tiene efecto retroactivo. La compensación judicial se verifica en el momento mismo de la sentencia, porque en ella el Juez liquida el crédito y admite la compensación y la pronuncia. Con la extinción del crédito caducan los derechos accesorios que lo acompañaban; se extinguen, pues, las prendas, hipotecas, privilegios, fianzas, se interrumpe el devengo de intereses, cesa la prescripción extintiva, que había ya comenzado a correr, y se impiden las consecuencias del incumplimiento y de la mora. Pero la compensación no puede tener lugar nunca en perjuicio de los derechos adquiridos por el tercero; y de aquí la consecuencia que el deudor que aceptó sin reserva la cesión hecha por el acreedor a un tercero no puede oponer la compensación al cesionario (art. 1.291); que si un tercero secuestra al deudor, no puede éste, si luego del secuestro es acreedor, oponer la compensación en perjuicio de quien obtuvo el secuestro (art. 1.294); que si el deudor que pudo oponer la compensación pagó, no obstante, no pueden hacerse valer en perjuicio de tercero los privilegios e hipotecas de su contracrédito, a no ser que pruebe que ignoraba por justo motivo la existencia de éste (art. 1.295).

III. *Confusión* (1).—Es una consecuencia necesaria de la imposibilidad conceptual y jurídica de que una obligación subsista, si no hay dos personas diversas ligadas por un vínculo, la extinción de los derechos de crédito por confusión. Se produce ésta cuando las dos cualidades de deudor y de acreedor confluyen en la misma persona (fr. 107, D. 46, 3, *cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit*), y así la obligación se extingue *ipso iure* (art. 1.296). El fenómeno es completamente se-

1) La aplicación de esta institución no se limita únicamente a las obligaciones; también se produce en el campo de los derechos reales donde se da la extinción por confusión cuando se reúnen en un mismo titular un *ius in re aliena* y la propiedad de esta cosa. Considerada la institución en su mayor amplitud véanse: Sachs, *Die Wirkungen der Konfusion nach gem. röm. Recht. und dem Recht des B. G. B.*, Berlín, 1898; Kretschmar, *Die Konfusion dans les droits. reels en dr. rom. et en dr. fr.*, 1871. Cicu, *Estinzione di rapporti*.

mejante al que se estudió en las servidumbres y en los *iura in re aliena* en general. Comoquiera que un derecho en cosa ajena se extingue cuando la cosa pasa a ser propia, así también un crédito no puede sobrevivir al hecho que de modo estable, definitivo, unifique y confunda ambos patrimonios o que en una misma persona reúna el crédito y el débito. No es, pues, la confusión un pago, ni tampoco un subrogado de éste; sin embargo, en un cierto sentido no es del todo exacta la doctrina que la equipara a la compensación, en cuanto este fenómeno se concibe como si el acreedor compensase consigo mismo el crédito propio con el débito de aquel a quien ha sucedido, y viceversa, en orden al deudor. Completamente errónea es la doctrina de quienes, apoyándose en textos romanos (1) atribuyen al fenómeno el efecto de eximir al deudor de la obligación de satisfacer, es decir, de librarlo de la acción, si bien quedando subsistente el crédito (*confusio eximit personam ad obligationem, perimit actionem, non extinguit obligationem*); por el contrario, extingue la obligación, y así lo corrobora la declaración textual del art. 1.296.

Hechos que dan lugar a la confusión son todos aquellos que producen una sucesión, ya universal, ya particular, por causa de muerte o entre vivos; pero el más importante y frecuente es la sucesión hereditaria cuando el deudor es heredero del acreedor, o viceversa. Cuando preceptos especiales impidan o consientan que se impida la confusión de los patrimonios, la eficacia extintiva cesa por cesar la causa; así, por ejemplo, en la herencia aceptada con beneficio de inventario (art. 968), así también en la separación de patrimonios concedida a los acreedores de la herencia y a los legatarios (artículos 1.032 y 2.055), instituciones que, como el nombre de la última acredita, tienen por objeto impedir la confusión del patrimonio del difunto con el del heredero. Por el contrario, la confusión se verifica cualesquiera que sean la naturaleza y causa de la deuda o las modalidades que a ésta acompañan. Pero una condición es esencial: que confluyan en una misma persona los dos términos o aspectos de la relación obligatoria, es decir, que efectivamente se trate de una obliga-

(1) Fr. 71. D. 46. 1; fr. 75. D. 46. 3. etc.

ción única cuyo sujeto activo se identifique con el pasivo, y a la inversa.

De la rigurosa aplicación de este concepto se desprende que en un crédito garantizado con fianza, como quiera que son dos las relaciones obligatorias (una la que vincula al deudor principal y otra la que vincula al fiador), la extinción por confusión debe darse con respecto a cada una de estas relaciones. Confundiéndose las cualidades de acreedor y deudor principal se extingue la obligación principal, y sólo por efecto de esta extinción principal se extingue la fianza por su carácter accesorio (artículo 1.297); contrariamente, si se confunden la persona del fiador con la del deudor o con la del acreedor, no se extingue la obligación principal, porque en el primer caso en el lugar del deudor originario sub-entra el fiador, cuya obligación accesorio queda absorbida (1); en el segundo, sub-entra en el puesto del acreedor, y no pudiendo garantizarse a sí mismo, la fianza queda extinguida (art. 1.297, párr. 1.º (2)). Dada una obligación solidaria, la confusión operada entre uno de los coacreedores y el deudor, o bien entre uno de los codeudores y el acreedor, no extingue la obligación sino por la parte que (según la relación interna) corres-

(1) Sobre la extinción de la fianza discutida por algunos autores no creo sea lícito abrigar duda alguna. Véase Scaduto, *Sull' art. 1.257 C. ci* (*Ann. del Seminario giur. della R. Univ. di Palermo*, VIII, 1921).

(2) De este modo debe interpretarse el párrafo 1.º del art. 1.297, es decir, como comprensivo

de las cualidades de fiador y de acreedor, reunión de las cualidades de fiador y de deudor principal) y no de uno solamente (reunión de las cualidades de acreedor y de deudor principal en la persona del fiador). Redactado en su forma actual el párrafo 1.º («la reunión en la persona del fiador de la cualidad de acreedor y de deudor principal no produce la extinción de la obligación principal») carece de sentido, porque si el fiador sucediese a un mismo tiempo al acreedor y al deudor, no sólo la obligación fideiusoria, sino también la principal, se extinguirían por confusión. «La copulativa y debe sustituirse por la disyuntiva o, como lo exige la frase de la cualidad», y como se deduce de los trabajos preparatorios (véase el art. 1.336 del proyecto Miglietti en el cual se leía o): el cambio en y fué un descuido o un error de imprenta. Véase Ascoli y Cammeo en *Crome, Obblig.*, § 29, pág. 398, n. a; Cicu, *Estinzione dei rapporti giur. per confusione*, pág. 182; Scaduto, *op. cit.* (pág. 16 del extr.).

ponde al crédito o al débito de aquel acreedor o deudor (artículo 1.297, párr. 2.º). Resulta casi inútil declarar que la confusión, como otro medio extintivo, hace caducar con la obligación todos los derechos accesorios que a ésta acompañaban y extingue por ello todas sus garantías reales o personales.

IV. *Remisión* (1).—De los modos por los que el deudor puede sin efectuar el cumplimiento conseguir la liberación, es éste el medio liberatorio por excelencia. Distinto de otros negocios jurídicos que tienen también efecto liberatorio, como el mutuo disentimiento en los contratos bilaterales, la remisión, que el Código en sus escasas e imprecisas reglas no define, constituye una especie de la renuncia a los derechos aplicada a los derechos de crédito. El titular de un derecho de crédito, así como puede muy bien disponer de él en favor de otros, puede también disponer de él en favor del propio deudor desligándolo del vínculo, o sin consideración a la persona del obligado abandonar su crédito, lo que produce la liberación del deudor. Tal acto dispositivo extingue la obligación como contrario a la subsistencia del vínculo, y como quiera que la ley no tiene interés alguno en conservar la obligación contra la voluntad del acreedor (por el contrario la tendencia es de favorecer la liberación), se comprende fácilmente porque no se imponen a la remisión limitaciones objetivas ni se exigen formas especiales.

Basta, pues, la voluntad contraria del acreedor (2), con tal que se manifieste ésta clara y legítimamente, para producir la extinción de la obligación. Y esto resuelve la cuestión, muy debatida entre los autores, de si la remisión es un negocio jurídico unilateral o bilateral. Es innegable que, a veces, y muy frecuen-

(1) Altmann, *Der Erlassvertrag*, 1981; Hartmann, *Die Liberatorischen Verträge und ihr Rechtsgrund insbesondere* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXXXV, 1896, páginas 1 y siguientes); Cerciello, *I contratti liberatorii*, Napoli, 1922; *La rimessione del debito nel dir. civ. posit.*, Roma, 1923.

(2) La contraria voluntad de los contrayentes para resolver un contrato, es decir, el mutuo disentimiento no entra en el concepto de la renuncia y, por ende, en el de remisión, es un nuevo contrato que anula la relación jurídica que nace de un contrato anterior: Sraffa, *Mutuo disenso e rimessione del debito* (*Riv. dir. comm.*, 1916, II, páginas 426 y siguientes).

temente, se opera por convención, mediante un acuerdo entre el acreedor y el deudor; pero de esto no se deduce que la remisión sea un contrato unilateral y que consiguientemente el negocio liberatorio no se perfeccione sino cuando a la voluntad del acreedor se una la aceptación del deudor. Puesto que la esencia toda del vínculo, luego de constituido éste, depende de la voluntad del acreedor, una tal voluntad es por sí sola suficiente para destruirlo, sin que en ello pueda influir la voluntad del obligado; no toda remisión se verifica en favor del obligado, aunque éste resulte por ella beneficiado, ni aun cuando sea hecha en favor suyo puede el deudor impedir la rehusando la aceptación. Cuestión muy diferente es la que se refiere a los efectos que respecto a la revocabilidad de la renuncia del acreedor produce la aceptación del deudor. Como toda renuncia, la remisión, como acto unilateral que es, puede ser revocada en tanto no surja en otros un derecho contrario, y este derecho contrario nace precisamente con la aceptación del deudor (1).

No es cierto, como a menudo se afirma, que la remisión sea siempre un negocio a título gratuito; si en la mayoría de los casos es el espíritu de liberalidad el que induce al acreedor a condonar la deuda, es también cierto que la *causa donationis* no es sino una de las causas posibles de la remisión; ésta puede verificarse para realizar una *solutio* o para constituir una relación obligatoria distinta. La remisión es, pues, un negocio a título gratuito o a título oneroso; de aquí la consecuencia que la capacidad necesaria para producirlo varía según la causa, variando también las normas que al acto son aplicables. Ciertamente precisa siempre en el remitente la capacidad de enajenar, porque la remisión es un acto de disposición patrimonial; pero si es hecha *donationis causa* precisa, además, la capacidad especial para donar y se aplicarán a ella las normas especiales de las donaciones, como

(1) Ferrini, *Obblig.*, pág. 839; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 535, y Venzi, *ib.*, pág. 612; Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.*, I, páginas 872 y siguientes; Atzeri, *Delle rinunzie sec. il. c. c. it.*, 2.^a ed., 1915, páginas 102 y siguientes; contra Crome, *Obblig.*, páginas 383 y siguientes, y con él la mayoría de los civilistas. Para el Código civil alemán la remisión tiene siempre carácter contractual (§ 397).

son las que se refieren a la revocabilidad por superveniencia de hijos o por ingratitud, a la obligación de colacionarlas y de reducir las cuando haya lesión de la legítima, al requisito de su carácter fraudulento para que sea posible el ejercicio de la acción revocatoria, etc. En cambio, no le serán aplicables las referentes a los requisitos formales de la donación, y esto deriva de la naturaleza del acto, que no exige aceptación, o del principio general, que, reconociendo eficacia a las renunciaciones hechas de cualquier manera que se manifieste la voluntad de renunciar, excluye al requisito de una forma especial y la del documento público.

La voluntad de remitir (1) puede, en efecto, manifestarse por el acreedor expresamente mediante una idónea declaración de voluntad que puede producirse, tanto en un acto entre vivos (declaración unilateral, contrato) como en un acto *mortis causa* (*legatum liberationis*), o tácitamente mediante actos o hechos que patenten de modo unívoco la intención del acreedor. Y, análogamente, la aceptación del deudor cuando intervenga puede ser también expresa o tácita.

Se comprende que las mayores dificultades surjan con ocasión de la manifestación tácita de voluntad y que se reproduzcan aquí todas aquellas que se suscitan respectivamente a la renuncia tácita en general. Con relación a ella el Código dicta algunas normas estableciendo presunciones y dictando preceptos que sirven de guía en la interpretación de la voluntad. Si es principio general que hay renuncia siempre que la conducta del titular es contraria a su voluntad de conservar el crédito, y si, además, las renunciaciones no se deben presumir, es lógica, de una parte, la presunción de remisión (en favor del deudor o de los codeudores solidarios) atribuida por el art. 1.279 a la voluntaria restitución del título original del crédito en forma privada hecha por el acreedor al deudor, y de otra, la exclusión de toda presunción

(1) Adviértase que al lado de la remisión *voluntaria* hablan algunos autores de otra *forzosa o necesaria* que se daría en la institución comercial del convenio en el procedimiento de quiebra. Es muy discutida la utilidad del paralelismo de dos instituciones tan distintas.

de liberación del deudor por el hecho de la restitución de la prenda (art. 1.280) o de la liberación del fiador (art. 1.282): es contrario a la voluntad de conservar el crédito el privarse del título que lo justifica; en cambio, no es contrario a la voluntad la renuncia a sus garantías (1).

Efecto de la remisión es la extinción de la obligación; ésta cesa de existir como si hubiera sido satisfecha, extinguiéndose toda la relación obligatoria; no se produce solamente una excepción que paralice la acción. Como en el *pactum de non petendo* romano, así en la remisión puede producirse el efecto *in rem* o *in personam*; la primera extingue la relación de modo absoluto; la otra (que se aplica a las obligaciones con varios deudores) presupone la voluntad de liberar sólo a algunos de los obligados, dejando subsistente el débito con relación a los demás. Ahora bien, dada una deuda solidaria, la declaración de remitir a uno libera a todos los demás; para que el acreedor pueda conservar el crédito frente a los demás, precisa que haga expresa reserva, y en este caso éstos no responderán más que de lo que resulte después de deducida la cuota del codeudor liberado (art. 1.281). La liberación de uno de los cofiadores no determina la liberación de todos los demás; sin embargo, aprovecha a éstos por la parte que a aquél correspondía, a no ser que hubieren consentido en la liberación del mismo (art. 1.283). El acreedor está obligado en todo caso a imputar en el crédito, en descargo del deudor principal y de los demás cofiadores, lo que hubiere recibido del cofiador, como compensación a la liberación de que éste fué objeto (art. 1.284). De la naturaleza accesoria de la fianza deriva que, remitida la deuda al obligado principal, quedan liberados los cofiadores (art. 1.282).

V. *Anulación y rescisión*.—Las obligaciones pueden, final-

(1) Según Cogliolo, *Remissione del debito*, en *Scritti di dir. priv.*, I, páginas 269 y siguientes, la restitución del documento debe considerarse como prueba del pago. El mismo autor examina la cuestión de si una vez restituído el documento corresponde al deudor probar que lo recibió por restitución voluntaria o al acreedor probar que le fué robado; y la resuelve en este último sentido, pues, en efecto, la posesión hace presumir la restitución. Muscari, en *Giur. it.*, 1906, I, 2, pág. 491.

mente, extinguirse mediante el ejercicio de acciones que tienen por objeto la anulación de las relaciones obligatorias o su rescisión cuando falte en ellas alguno de los requisitos necesarios para su validez o cuando, sin que adolezcan de vicio que las invalide, impliquen lesión para el obligado. Para el primer caso se dan las acciones de anulación; para el segundo las de rescisión. A ambas se refieren las normas contenidas en el Código en los artículos 1.300, 1.311, 1.038, 1.529 y 1.530 y otros.

Pertenece a la doctrina general del negocio jurídico la determinación de los conceptos de nulidad, de anulabilidad y de rescindibilidad (vol. I, § 32). Poco claro (prescindiendo de las causas históricas y tradicionales que lo justifiquen) es el sistema seguido por el legislador, quien habla solamente de la acción de anulación de las obligaciones como modo de extinción de las mismas, usando indistintamente de los términos «acción de nulidad» y «acción de rescisión» y prescindiendo de la distinción de ambas, originándose graves confusiones que repercuten en la doctrina, y más aún en la jurisprudencia. Baste aquí recordar, para la inteligencia de esta materia, que de la nulidad del negocio debe distinguirse su anulabilidad y de ambas su rescindibilidad. *Nulo* es el negocio en que falta uno de los elementos esenciales para su existencia jurídica, por lo que se designa también *inexistente* y *radicalmente nulo*; *anulable* es aquel que reúne todos los requisitos esenciales para su existencia, pero que carece de alguno de los indispensables para su validez por razón de un vicio que afecte a aquellos elementos; *rescindible* es aquel cuyos elementos esenciales para su existencia y validez no están afectados de vicio alguno; pero como quiera que produce una lesión, puede ser impugnado y rescindido para impedir ésta.

En el caso de obligación nula no puede hablarse de extinción por el ejercicio de la acción; la relación obligatoria en tal caso no es inexistente (por lo menos jurídicamente, puesto que a la relación nula no puede negarse una existencia de hecho) y, por tanto, la acción tendrá en tal caso por objeto, no el privar de vigor y eficacia a la obligación, sino el conseguir el reconocimiento de su inexistencia. No puede haber extinción de la obligación sino en aquellas que siendo jurídicamente existentes

pueden ser invalidadas y rescindidas; y este es el fin de las acciones de anulación y de rescisión.

a) En el art. 1.300 del Código se habla de la acción de nulidad, pero por tal no debe entenderse la acción que tiene por objeto el hacer reconocer la inexistencia de una obligación nula; la acción de nulidad es aquella que preferentemente se aplica a las obligaciones anulables y que más propiamente se llamaría de anulación. Y como causas de anulabilidad de la relación pueden ser, la falta de capacidad de las personas (menor, interdicto, inhabilitado) o un vicio del consentimiento (error, dolo, violencia) la falta de aptitud en el objeto o el defecto en la forma de declaración de la voluntad, etc.; en todos estos casos corresponde al interesado un derecho de anulación que si es reconocido (para su reconocimiento precisa la intervención del Juez) reduce el negocio a la nada y destruye los efectos todos que el mismo produjo.

Este derecho, cuando no haya habido renuncia expresa o tácita (confirmación, ratificación, ejecución voluntaria, art. 1.309) puede ejercitarse en forma de acción o como excepción de la demanda contraria.

Como acción está sujeta a una prescripción breve que la ley fija en cinco años (art. 1.300). Sin embargo, dado su fundamento, es natural que el término de la prescripción no comience a correr sino desde el momento en que cese la causa de la anulabilidad; por tanto, en el caso de violencia el tiempo comenzará a correr desde el día en que aquélla hubo cesado; en el de error o de dolo, desde el día en que fueron descubiertos; respecto a los actos de los interdictos e inhabilitados, desde aquel en que cesa la interdicción e inhabilitación, y en orden a los de los menores, desde el día que alcanzan la mayor edad (art. 1.300) (1).

La acción se transmite a los herederos de aquel a quien corresponde su ejercicio; pero estos herederos sólo podrán ejercitarla en el tiempo hábil que restaba a su causante, salvo las

(1) Los casos de anulabilidad de los actos realizados por la mujer casada sin la autorización del marido (art. 1.300) han desaparecido por la ley de 17 de Julio de 1919, que abolió la licencia marital.

eventuales interrupciones y suspensiones de la prescripción (artículo 1.301).

Como excepción, en cambio, el derecho a la anulación no está sujeto a la breve prescripción quinquenal; se aplica a este caso el principio general *quod temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, de modo que la excepción dura lo que dure la acción contra la cual puede oponerse (art. 1.302).

Normas especiales dictadas a favor del menor (y de otros incapaces) para su más eficaz protección y que tienden a equiparar en ciertas relaciones su posición a la del mayor edad pueden aquí omitirse (artículos 1.303-1.308).

b) Naturaleza jurídica, finalidad y caracteres distintos de la acción de anulación tiene la de rescisión. Su supuesto es una obligación válida (1) que produce lesión: su objeto no es hacer nulo el negocio, sino el rescindirlo para impedir el efecto lesivo; así que en definitiva funciona como una restitución al primitivo estado. Corresponde a la parte lesionada y a sus herederos; hay lesión que dé derecho a esta especial impugnativa solamente en los casos expresamente previstos en la ley: en la venta de inmuebles, cuando el vendedor haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio (art. 1.529); en la permuta, cuando habiéndose convenido la entrega por parte de uno de los permutantes de una compensación en dinero que supere el valor del inmueble por el dado en permuta, sea ésta considerada como venta (art. 1.554); en la división, cuando uno de los partícipes haya sufrido lesión en más de un cuarto (art. 1.038).

Como la acción de anulación, también ésta, en tanto no se ejercite, deja subsistentes los efectos jurídicos del negocio rescindible; como aquélla, también ésta exige una declaración del Juez y también está sujeta a la prescripción quinquenal, salvo el

(1) Su fundamento no es un vicio del consentimiento, sino el perturbado equilibrio de las prestaciones. De aquí la importante consecuencia práctica de que el término para el ejercicio de la acción corre desde la fecha del acto (y no como si se tratase del vicio del consentimiento), desde el descubrimiento del error. Chironi, *Studi di dir. civ.*, IV, pág. 405; Sraffa, en *Riv. dir. comm.*, XVIII, 1920, II, páginas 353 y siguientes.

caso de lesión en la venta en que el término de la prescripción queda reducido a dos años (art. 1.531).

Pero existe entre ambas notables diferencias. En primer lugar la rescisión no anula todos los efectos jurídicos producidos por el negocio ni perjudica a los terceros que hayan adquirido derechos en los inmuebles con anterioridad a la transcripción de la demanda de rescisión (artículos 1.309, párr. 1.º; 1.933); lo cual no sucede en la acción de anulación, que no respeta los derechos de tercero aunque hayan sido transcritos. Por otra parte es posible paralizar los efectos restitutorios de la acción rescisoria reparando la lesión, pagando el suplemento hasta el justo precio (artículo 1.534) o hasta abonar la justa parte al copartícipe (artículo 1.042); remedio éste que no sirve para sanar el acto anulable. Por último, mientras el acto anulable puede ratificarse mediante la confirmación, ésta no puede aplicarse al acto rescindible por lesión (art. 1.309, párr. 3.º), porque es contradictorio el sanar un acto jurídico válido (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Novación*.—El art. 1.203 de nuestro Código admite la novación objetiva y la subjetiva, ésta en su doble aspecto activo y pasivo. «Las obligaciones—dice—pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2.º Sustituyendo la persona del deudor. 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.» Se admiten también formas de novación expresas y tácitas (artículo 1.204).

Los requisitos de la novación son: 1.º Una obligación preexistente y válida que se extingue. «Si fuere nula, nula será también la novación, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». 2.º Creación de una obligación nueva. 3.º Disparidad entre ambas. El art. 1.203, en su número 1.º, dice que la modificación en la obligación primitiva ha de ser importante, debiendo variar el *objeto o condiciones principales*. 4.º Capacidad para realizar el acto 5.º Voluntad o ánimo de realizar la novación (*animus novandi*). Esta intención puede manifestarse con la incompatibilidad de ambas obligaciones.

Efecto de la novación.—Crear una obligación primitiva. Si ésta tenía obligaciones accesorias, se extinguen también, porque siguen la suerte de la principal, pero a tenor del art. 1.207 si tuviese interés en la obligación accesoría alguien que no hubiese intervenido en la novación, subsistirá aquella con respecto a él, por aplicación del principio *res inter alios acta, nec nocet nec prodest*.

La novación objetiva.—Puede ésta efectuarse por cambio de la *causa*, por cambio del objeto, por cambio de las *condiciones principales*. Según sentencias de 2 de Julio de 1892, 28 de Junio de 1904 y 8 de Julio de 1909, la simple alteración o prórroga del plazo no constituye novación y, sin embargo, es indudable que la fecha del cumplimiento es condición

principal, y por ello el art. 1.851 establece que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador, extingue la fianza.

Novación subjetiva pasiva. - El art. 1.205 dice que la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor. Admítense dos formas, la expromisión cuando no interviene el deudor primitivo y la delegación cuando éste presenta al nuevo. Respecto a la pervivencia de la responsabilidad del primitivo deudor, véase el art. 1.206. Respecto a la subsistencia de obligaciones accesorias, véase el art. 1.207.

Novación subjetiva activa. Llamada en el Código subrogación; puede ser expresa o convencional y presunta o legal (art. 1.209, apartados 1.º y 2.º). Se presume la subrogación: 1.º Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente. 2.º Cuando un tercero no interesado en la obligación pague con aprobación expresa o tácita del deudor. 3.º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda (art. 1.210).

Los requisitos de la subrogación convencional son: 1.º El consentimiento del nuevo acreedor. 2.º El del antiguo acreedor. 3.º El consentimiento del deudor. Según el art. 1.211: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada».

Efectos.—La no extinción de las obligaciones accesorias se hace constar en el art. 1.212. El 1.213 declara: «el acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito».

Compensación. - La definición se halla contenida en el art. 1.192.

De la compensación legal se ocupa el Código en el art. 1.196.

En el supuesto de que el deudor consienta en la cesión de derechos que el acreedor haga a un tercero, no podrá aquél oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor hizo saber la cesión al deudor y éste no la consintió puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.

Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y la de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión (art. 1.198). El art. 1.200 enumera las deudas no compensables. El siguiente prevé el caso de que una persona tenga contra sí varias deudas compensables y dispone que en el orden de la compensación se observará lo dispuesto respecto a la imputación de pago.

El efecto de la compensación es: extinguir una y otra deuda en cantidad concurrente aunque no tengan conocimiento de ellas los acreedores y deudores (art. 1.202).

De Buen opina—y creemos que con razón—que el Juez por sí no podrá estimar la existencia de la compensación como no sea alegada por las partes.

Confusión.—Su fuerza extintiva de la obligación se halla reconocida en el art. 1.192, apartado 1.º

Sus requisitos son: 1.º Que tenga lugar entre acreedor y deudor

principal. 2.º Que sea completa y definitiva (artículos 1.193, párr. 2.º y 1.192, apartado 2.º)

Sus efectos son extinguir la obligación de modo total o parcial (artículo 1.194) y extinguir también las accesorias, pues según el art. 1.193, párrafo 1.º «la confusión que recae en la persona del deudor o del acreedor principal, aprovecha a los fiadores».

Remisión. (*Quitamiento* dicen las Partidas) es la liberación de la deuda hecha gratuitamente por el acreedor a favor del deudor. Es un acto gratuito o de liberalidad. El art. 1.187 lo estima como tal. Castán cree que en nuestro Derecho precisa la aceptación del obligado. Esto no es óbice a que la condonación se haga en testamento, pero en tal caso constituye un legado de perdón o liberación (artículos 870-872).

La remisión puede ser judicial o extrajudicial, según se otorgue en el concurso de acreedores con arreglo a los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil o en actos ajenos a la intervención judicial.

Puede ser también *expresa* que se ajuste a las formas de la donación (art. 1.187). La remisión de deudas de carácter hipotecario consignadas en escritura pública debe hacerse también en esta clase de documento; la remisión de deudas cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas debe hacerse por escrito, aunque sea privado.

La remisión *tácita* se opera mediante la entrega del documento privado justificativo del crédito hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, la cual según el art. 1.188, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo. Cuando el deudor posea el documento privado justificativo de su deuda se presume *juris tantum* que le ha sido entregado voluntariamente por el acreedor (art. 1.189).

También se opera la condonación o remisión tácita cuando después de haber sido entregada al acreedor la cosa pignorada se halla ésta en poder del deudor. Se presume en este caso que se ha condonado la obligación accesoria de la prenda (art. 1.191).

La remisión extingue la obligación; si la remisión recae sobre la obligación principal se extinguen las accesorias; si sobre las accesorias, la principal subsiste.

Anulación y rescisión.—Para la primera, véanse los artículos 1.301, 1.302, 1.309 y 1.314 de nuestro Código civil que determinan, respectivamente, las personas a quienes corresponde la duración y la extinción de la acción de nulidad.

El efecto de la nulidad como dice Castán, no es otro que el de «hacer desaparecer las consecuencias del contrato teniéndolo por no realizado». Véase el art. 1.303. Los artículos 1.304, 1.307 y 1.308 se ocupan de las excepciones al principio de la restitución.

Finalmente, de la confirmación, o sea del medio de subsanar los contratos anulables mediante la renuncia de la acción de nulidad por aquel que puede ejercitarla, se ocupan los artículos 1.310 (ámbito de la confirmación), 1.311 y 1.312 (requisitos), 1.311, párr. 1.º (formas), 1.309 y 1.313 efectos).

En cuanto a la rescisión, dice el art. 1.290 que los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos en la ley. El art. 1.291 enumera los casos en que procede la rescisión. Véanse también los artículos 1.292 y 1.293.

Su carácter subsidiario está reconocido por el art. 1.294.

La acción pueden ejercitarla los perjudicados, sus representantes o causahabientes, y, según el art. 1.111, los acreedores.

La acción va contra el causante del perjuicio o sus herederos o con-

SECCION II

PARTE ESPECIAL

CAPITULO XXI

Obligaciones procedentes de contrato

§ 82.—*El contrato: concepto y especies*

Brugi, *Ist.* §§ 58, 59, 64, 65; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 148; Chironi, *Ist.* II, §§ 283, 288, 319; Zachariae, *Man.* II, §§ 320, 321; Aubry y Rau, *Cours.* IV, §§ 340, 341, Planiol, *Traité*, números 943 y siguientes, 947 y siguientes; Windscheid, *Pand.* II, 1, §§ 305-310, 319, 323; II, 2, §§ 362-364.

Concepto.—Todo lo clara que fué entre los romanos la distinción entre contrato, convención, pacto (a pesar de las muchas controversias dogmáticas e históricas que se agitan en torno a estos conceptos) es imprecisa y confusa en la terminología moderna. Todo acuerdo entre dos o más personas que tenga por objeto una relación jurídica, puede ser designado indiferentemente, contrato o convención y también pacto, ya que estos términos perdieron el primitivo significado técnico y preciso que les atribuía el lenguaje jurídico romano.

Contractus, expresión elíptica de *negotium contractum* o *contractus negotii* significó entre los romanos la relación constituída a base de un acuerdo, no el acuerdo mismo; tampoco el acuerdo

tra el tercero que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores.

Los casos en que no procede la rescisión se hallan especificados en los artículos 1.295 y 1.296. Los efectos se hallan establecidos en los artículos 1.295 y 1.298.

El art. 1.299 determina el plazo de prescripción y el modo de computarlo cuando se trata de personas sujetas a tutela o de ausentes.

que recae en objetos o relaciones jurídicas, sino sólo aquel que genera obligaciones entre las partes; por ello no se aplicó jamás tal expresión al negocio que tiene por objeto crear vínculos familiares o constituir derechos reales o extinguir o modificar obligaciones como pueden ser por ejemplo la adopción, el matrimonio, la tradición, la *solutio* y cualquiera otro negocio liberatorio, sino única y exclusivamente al contrato obligatorio. El acuerdo, esto es, el elemento subjetivo de los consentimientos que coinciden, se llama *conventio*, *conventum*, *pactio*; de aquí la amplia significación que estos términos tienen, especialmente el primero (1) y que corresponden al *consensus*. Pero además asumen una significación más precisa y restringida, cuando designan la serie toda de acuerdos que carecen de las formas y solemnidades prescritas por el Derecho para que puedan considerarse contratos (*pacte*, *pacta conventa*) y que conforme al principio romano la simple convención no genera acción ni produce vínculo obligatorio (2) y no reciben sino una protección indirecta del pretor mediante la *exceptio pacti conventi* (3).

(1) Véase el notabilísimo fr. de Ulpiano, l. § 3, D. 2. 14: *Conventio- nis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui, ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est.*

(2) Ulpiano, fr. 7, D. 2. 14: *Iuris gentium conventiones quaedam actiones parunt, quaedam exceptiones § 1. Quae parunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus; ut emptio venditio locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. § 4. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

(3) Sobre tales conceptos que aquí sólo se esbozan, véanse las preciosas investigaciones de Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto* (*Riv. dir. comm.*, VI, 1908, páginas 115 y siguientes); *Sui contractus e sui pacta* (*Riv. dir. comm.*, XVIII, 1920, I, páginas 1 y siguientes); véanse, también del mismo autor, *Scritti vari*, III, páginas 107 y siguientes; Pe-

Todo el sistema contractual romano se apoya en este principio que se mantuvo incluso en el último período justiniano cuando la primitiva distinción entre contrato, pacto y convención comienza a desvanecerse y muchos *pacta* aparecen provistos de acción y se afirma en las escuelas bizantinas la tendencia a construir un esquema general de contrato que fuera abstracción de las figuras concretas particulares; se establece en esta época el principio según el cual, sólo una convención revestida de las formas más o menos solemnes requeridas por el Derecho, puede producir vínculos obligatorios o cuando no se exija forma alguna sólo puede producirlos la convención que se base en una causa apta para fundar una obligación. Todo acuerdo que aspire a generar vínculos obligatorios entre las partes, debe revestir las formas contractuales a las que sea reconocida tal virtud; como es sabido, uno entre todos los contratos se prestó especialmente a este fin: la *stipulatio*, que por su aptitud para recibir todo posible contenido apareció como un esquema general de contrato, pero esto no fué ni siquiera en los últimos tiempos.

Y como quiera (y esta es otra de las características del sistema romano) que los romanos no poseyeron jamás un concepto general de contrato como esquema abstracto capaz de contener en sí las varias figuras especiales contractuales, y poseyeron en cambio una serie de éstos precisos en sus contornos y fijos en su número que tenían un nombre propio o si no lo tenían podían reducirse a tipos determinados, de aquí las categorías cerradas de contratos reales, consensuales, verbales y literales que

rozzi, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903 pág. 31, n. 1; Pernice, *Zur Vertragslehre der röm. Juristen* (Savigny Stiftung, IX, 1888, páginas 195 y siguientes; para la noción del *contractus*, Maenenti, *Contributo critico a la teoria generale dei pacta* (Filang, XVII, 1892, páginas 65 y siguientes), para la de *pactum*. Véanse, además, Bonfante, *Ist. dir. rom.*, §§ 127, 168, 169; Perozzi, *Ist. dir. rom.*, II § 124; Fadda, *Teoria del negozio giuridico*, §§ 154 y 155; Mitteis, *Röm Privatrecht*, I. pág. 146; De Francisci, *Συμβαλλεμα*, *Storia e dottrina dei contratti innominati* Pavia, 1913-15. Defensor del significado de *contractus* como acuerdo de las partes es Riccobono, *Dal dir. classico al dir. moderno* (Annali Sem. giur., Palermo, 1917, páginas 313, 689); *La nozione del contractus* (Bull. R. Acc. Palermo, 1918).

se componían de figuras contractuales definidas en número y la de los contratos innominados que si es menos cerrada se inspira también en el concepto fundamental de las figuras fijas. Ello explica por qué los romanos no dieron una definición general del contrato (1) que solo más tarde y por obra de las escuelas y después en el derecho intermedio aparece como concepto general y abstracto (2).

En el Derecho moderno se opera una mutación absoluta (3). Todo acuerdo para crear una relación jurídica es productivo de efectos y genera una acción, salvo en casos excepcionales, en los que la causa lo impida o se determine y exija una cierta forma, bajo pena de nulidad; y por ello toda distinción entre simple convención y contrato ha desaparecido. El elemento subjetivo prepondera sobre la causa o elemento objetivo y aquel no es otra cosa que el encuentro de ambas voluntades, es decir, el consentimiento que queda justificado con la existencia de un fin lícito y protegido. Así la convención, o sea el acuerdo de voluntades, es sinónimo de contrato y éste se identifica con el consentimiento

(1) No son definiciones del contrato, como creen algunos prestigiosos autores, las contenidas en los fr. 1, § 1. D. 2. 14: *Pactum autem a pactione dicitur... et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*; y 3 pr. D. 50, 12; *Pactum est duorum consensus atque conventio*, que se refieren al mero acuerdo del *pactum*. Quizás puede hallarse una en la paráfrasis griega de las Instituciones justinianas (3. 13. 2): *Contractus autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus ad constituendum obligationem et ut alteri fiat obnoxius*, donde se evidencia el carácter obligatorio del contrato romano Ferrini, *Pand.*, n. 520. *

(2) Véase Brugi, *Ist. di dir. privato giust.*, 2.^a edic., II, § 86.

(3) Es imposible compendiar aquí el complejo movimiento doctrinal que por influjo del Derecho canónico y del germánico de la escuela del Derecho natural se ha operado en el derecho intermedio. Breves indicaciones se hallarán en Crome, *Obblig.*, páginas 3 y siguientes, y en Brugi, *Ist. dir. civ.*, páginas 456 y siguientes. Para mayor detalle, pueden consultarse Seuffert, *Zur geschichte der obligatorischen Verträge*, 1881; Karsten, *Die Lehre vom vertrag bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, 1882; Baumgart, *Entwicklung der Schuldhast im ital. Rech des Mittelalters*, 1915, y en los tratados de Satirolí, *St. dir. it.*, 8.^a edic., 1921, páginas 581 y siguientes, y de Solmi, *St. dir. it.*, 2.^a edic., 1918, páginas 934 y siguientes.

to: todo acuerdo relativo a un objeto que tenga un interés jurídico se convierte en contrato y resulta protegido por el ordenamiento jurídico, cualquiera que sea el nombre o la naturaleza de la acción por la que esta protección se verifica; y ello porque la voluntad de las partes es por sí sola suficiente para crear el vínculo. El contrato en cuanto designa la concurrencia de dos o más voluntades y se propone la creación de una relación jurídica, se confunde, sin más, con el negocio jurídico bilateral.

La idea del contrato se emancipa de las cerradas y restringidas categorías de los tipos fijos romanos, y se eleva a concepto general y abstracto; pasa a ser un esquema genérico, una categoría abstracta en la que predomina el elemento consensual, capaz de acoger en sí todas las figuras concretas creadas por la voluntad de las partes. Contrariamente al sistema romano, el sistema contractual moderno no conoce tipos definidos y fijos de convenciones obligatorias; indefinidas y mudables (1) tengan o no un nombre específico son tantas cuantos puedan ser los acuerdos entre dos o más personas que tengan por objeto vincular una persona a otra y adquirir ésta un crédito contra aquélla que se celebran por exigencia de la infinita variedad de las necesidades humanas y de los cambios. Con tal que puedan reducirse al esquema abstracto y general, todas las declaraciones bilaterales de voluntad se convierten en contrato. Y éste no designa solamente los acuerdos que generan relaciones de obligaciones (contratos obligatorios); dada su identidad con el negocio jurídico bilateral comprende todo acuerdo que tenga por objeto disolver

(1) Planiol, *Traité*, II, n. 1.352 bis, se opone a esta afirmación universalmente aceptada, observando que los elementos específicos que distinguen a los contratos entre sí son poco numerosos y sólo pueden formar combinaciones en número definido. La observación es sólo justa en parte y demuestra que una clasificación de los contratos es siempre posible descomponiendo cada figura en sus elementos más simples, y así lo hace el autor citado, reduciendo las especies todas a tres tipos, según tengan por objeto un trabajo, una cosa o un derecho. Pero las combinaciones de éstos y otros elementos simples en que podrían descomponerse los contratos singulares son indefinidas en virtud del principio según el cual todo acuerdo no contrario a la ley y que recaiga sobre un objeto de contenido jurídico, puede ser contrato.

un vínculo precedente (contratos liberatorios o solutorios) (1) o modificar un vínculo existente, o constituir relaciones de derecho real o de familia (2).

En esta amplia concepción del contrato se inspira precisamente nuestro Código cuando en el art. 1.098 lo define como «el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o resolver un vínculo jurídico entre las mismas»; coherentemente emplea como sinónimos los términos de contrato y convención (artículos 1.110, 1.111, 1.123, 1.230). A la fórmula legal no han faltado críticas y objeciones ni faltan tampoco tentativas (por el contrario, son frecuentes en los autores) para restablecer la distinción precisa entre contrato y convención.

Se ha observado que dado el emplazamiento del artículo, colocado al iniciar la determinación de las *fuentes* de las obligaciones, se debía haber definido solamente el contrato obligatorio como hace por ejemplo el Código francés en el artículo correspondiente (1.101): «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent en vers une ou plusieurs autres, a donner, a faire ou a ne pas faire quelque chose» (3); no es fuente de obligación el acuerdo que tiene por objeto modificar o resolver un vínculo jurídico, es decir, una obligación preexistente. Se ha dicho también que mientras la fórmula por un lado tiende a extender el concepto de contrato de los obligato-

(1) Véase Carciello, *I contratti liberatori*, Nápoles, 1922.

(2) Relativamente a los derechos de familia la afirmación hecha en el texto debe entenderse con reservas: por el carácter público de las relaciones y vínculos familiares, la noción de contrato es inaplicable a esta esfera, donde el interés no es el individual de las personas que contraen el vínculo, sino el superior, del consorcio familiar. La voluntad de las partes no es por sí sola las más de las veces suficiente para crear el vínculo, sino que necesita ser integrada por la del Estado y órganos especiales que tengan este fin; el régimen de la relación familiar, no es libre tampoco ni puede apartarse del módulo legal. Ello explica por qué no puede hablarse de contrato de matrimonio, de adopción, de emancipación, etc. Esto vendrá aclarado en la parte especial consagrada al estudio del Derecho de familia.

(3) Tampoco a esta fórmula derivada directamente de Pothier, *Obblig.*, han faltado censuras.

rios a los liberatorios, a los novatorios, a los solutorios, por otro lo restringe hablando de acuerdos cuyo objeto lo constituyen vínculos jurídicos (es decir, obligaciones) más bien que relaciones jurídicas; en las cuales figurarían sin violencia todos los contratos que sin ser obligatorios constituyen o transfieren derechos reales.

Partiendo de puntos diversos pero inspirándose en las enseñanzas de Pothier y Domat, la doctrina italiana y la francesa afirman que las expresiones *convención* y *contrato* no son equivalentes, si bien el legislador puede usarlas indistintamente. La convención designa toda especie de acuerdo sobre un objeto que tenga interés jurídico y puede tener por contenido la constitución de un vínculo obligatorio o de un derecho real o de una relación de familia, así como su modificación o extinción; en cambio el contrato tiene por objeto acuerdos constitutivos de obligaciones, o sean declaraciones bilaterales de voluntad, cuyo fin es la prestación que una parte promete a la otra y que ésta acepta. Se suprime de este modo toda sinonimia de las dos expresiones y se declara que toda convención es contrato y que éste es una especie de aquélla que representa el género (1).

No obstante las críticas que se le han hecho, la definición del Código es defendible y puede considerarse como científicamente apta para expresar el concepto moderno del contrato. Este concepto es tan amplio como la idea misma del acuerdo entre dos o más personas y no tiene otro límite que el de la naturaleza jurídica del objeto excluyéndose del concepto todos aquellos acuerdos que recaen en objetos no jurídicos.

No es tampoco justa la doctrina que separa los conceptos de contrato y convención y subordina aquél a ésta restringiendo dentro de confines mas angostos la noción moderna del contrato. Separa ambos conceptos para contraponerlos entre sí y esto es falso, o se limita a ser un simple expediente para destacar el contrato obligatorio de los demás negocios bilaterales que dentro del sistema se llaman contratos y se regulan como tales, re-

1) Aubry y au, *Cours*, IV, pág. 466; Planiol, *Traité*, II, n. 943; Baudri-Lacantinerie, *Obblig.*, I, pág. 5; Giorgi, *Obblig.*, III, pág. 7, etc.

duciéndose todo su alcance y valor a ser una mera distinción verbal.

No es distinta esta posición de la de aquellos que, suprimiendo toda distinción verbal, dan a la palabra contrato una acepción doble, entendiéndola en un sentido estricto como sinónimo de convención obligatoria incluyendo en esta acepción sólo aquellos que generan obligación (obligación patrimonial), como la venta, el arrendamiento, la sociedad, el mutuo, la donación; y en un sentido lato como sinónimo de convención que comprende toda especie de negocio jurídico bilateral y, por tanto, a más de los citados, toda concurrencia de dos declaraciones de voluntad como se da en la tradición, matrimonio, novación, compensación convencional, pago.

Sin embargo, bien porque los contratos que engendran obligación son los más numerosos e importantes, sea porque aquí debe tratarse de un modo preferente de las fuentes de las obligaciones, nuestro estudio se circunscribirá únicamente a los contratos constitutivos de obligación. Y en estos deben considerarse incluidos no únicamente los contratos obligatorios sino también la mayor parte de los reales, porque al constituir o transferir derechos reales, originan, por regla general, también una obligación si no en vía principal por lo menos en vía accesoria.

Con ello la noción del contrato es completa; esta noción sólo puede derivar del estudio de los elementos que integran la relación contractual y de los efectos que produce. De ello se tratará más adelante. Ahora trataremos de dos puntos de carácter general relativos al fundamento racional de la obligatoriedad de los contratos y a las categorías o especies en que éstos son agrupados por la ley o la doctrina general.

Fundamento de la obligatoriedad de los contratos.—La determinación del fundamento en que se base la fuerza obligatoria del contrato es un problema de carácter filosófico que ha sido muy diversamente resuelto por los autores. La solución no hay que buscarla en la norma positiva que ordena el respeto de la fe dada y constriñe a la observancia del contrato, sino que precisa remontarse a la razón suprema, en cuya virtud todo ordenamiento, incluso el más primitivo e imperfecto, acoge una nor-

ma como esta. Es demasiado poco o demasiado genérico el decir que ello corresponde a una exigencia de la vida social en cuanto es un imperativo de esta, la contratación por cuya virtud se operan los cambios y se satisfacen las necesidades humanas; de este modo se justifican todas las normas jurídicas pero no se explica de modo específico la norma que impone la observancia de la obligación contractual. Tampoco debe recurrirse con Bentham al concepto del *interés* individual que impulsa por motivos utilitarios a guardar las promesas; o con Pufendorf al de un *pacto social tácito* en cuya virtud cada hombre se compromete frente a los demás a guardar fidelidad a su palabra; o con Giorgi al de la *veracidad* en cuya virtud obligándose al hombre a decir verdad, tal deber le alcanza incluso cuando manifiesta su voluntad de obligarse. Son estas, explicaciones que no se basan en la esencia del vínculo contractualmente establecido; y algunas de estas doctrinas le niegan o contradicen, como ocurre por ejemplo con la de Rosmini que funda la obligatoriedad del contrato en el principio *neminem lædere*, con la que pugna la doctrina de Schlossmann (1) que precisamente niega al contrato la virtud de generar obligaciones, las cuales derivan, según él, de su incumplimiento exclusivamente.

Mucho más alto valor tienen aquellos sistemas que poniendo de relieve la intrínseca naturaleza del *vinculum juris* y teniendo en cuenta la causa que aquí lo produce (la libre determinación de las partes), hallan la razón de la fuerza obligatoria en la limitación que la persona impone a su propia libertad sujetando una parte de ésta al otro contrayente que se la apropia (Kant, Krug, Boistel). Si en efecto, el derecho de crédito se concibe, como ya dijimos en su lugar oportuno, como una relación que vincula en favor del acreedor la libertad del deudor limitadamente a uno o más actos determinados, se adecua a la naturaleza del vínculo contractual y es plenamente satisfactoria la construcción que afirma se trata de una voluntaria abdicación de una parte de la propia libertad por un lado y de la correspondiente apropiación

(1) *Der Vertrag*, Leipzig, 1876; véase contra él Windscheid, *Pand II*, I, § 305, n. *, y Ferrini, *Obblig.*, n. 437.

de ésta por otro; el que se obliga contractualmente renuncia relativamente a uno o varios actos a regir por sí la propia actividad; y como la renuncia se hace en favor de otro, éste adquiere el derecho de penetrar en la esfera no libre de aquél (1).

Pero de este concepto hay que remontarse, en mi opinión, a otro más elevado que constituye el verdadero y supremo fundamento de la obligatoriedad del contrato: la unidad de la voluntad contractual. Como se dirá más adelante, las voluntades aisladas de los contrayentes en el momento en que declaradas coinciden, pierden cada una su propia autonomía y al fundirse dan lugar a una nueva voluntad unitaria (voluntad contractual) y ésta será la que regirá dentro de la esfera preestablecida, las relaciones entre las partes, sin que éstas puedan sustraerse a ella porque su contenido se sustrae a la libre voluntad de las mismas (2).

Categorías y clasificaciones.—No obstante la infinita variedad de contenido que la libre voluntad de las partes puede dar a aquel esquema abstracto y general en que como dijimos se transformó el moderno concepto de contrato, las figuras concretas y particulares pueden aun hoy reunirse en grupos y categorías. Y esto responde a una exigencia no solamente teórica sino también práctica porque hay normas especiales para determinados grupos de contratos y que no son aplicables a otros diversamente caracterizados. Lo mismo que el Derecho romano, el moderno conoce tipos y figuras concretas de contratos que tienen una designación propia y un contenido específico; muchos de ellos, los más usuales y frecuentes, son reproducción de tipos tradiciona-

(1) Boistel, *Cours de philos. du droit*, I, pág. 421; Ahrens, *Filos. del diritto*, § 84; Filomusi, *Enc. giur.*, § 73; Giorgi, *Obblig.*, III, páginas 17 y siguientes; Cimbali, *La funzione sociale dei contratti e la causa giurid. della loro forza obbligatoria* (*Arch. giur.*, XXXIII, 1884, páginas 187 y siguientes); Faggella, *L'autonomia della volontà nei negozi giurid. bilaterali e la coazione giurid.*, Milán, 1910; Dereux, *Étude des diverses conceptions actuelles du contrat* (*Rev. crit. de leg. et jur.*, 1902, páginas 105 y siguientes).

(2) Esto vale únicamente si ambas partes son deudoras una respecto de la otra; si sólo es una la obligada, rige el principio de que la norma jurídica protege a quien tenga un interés e invoque tal protección; nada se opone a que el titular del crédito renuncie a él.

les que nos legaron los derechos antiguos (compraventa, arrendamiento, sociedad, mutuo). Pero prescindiendo de estas especiales formaciones jurídicas y de su agrupación (1), se imponen distinciones dentro del mismo concepto general por la intrínseca diversidad que el mismo tipo abstracto ofrece.

Refiriéndose al modo como el contrato se formaba, distinguía el Derecho romano los contratos en *consensuales*, *reales*, *verbales* y *literales* y dentro de estas cuatro categorías distribuía todos aquellos que habiendo sido reconocidos por el Derecho civil, tenían un nombre propio (*c. nominados*). Aquellos que carecían de una propia denominación (*c. innominados*) se reducían a cuatro especies del tipo *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, que con los contratos reales presentaban la particular analogía de ser causa justificativa del vínculo una *datio* o la prestación de un *factum* que una vez realizada daba derecho a obtener de la otra parte la correspondiente contraprestación.

Sin embargo, puede afirmarse sin temor de duda, que ninguna de estas clasificaciones ha sobrevivido en nuestro Derecho con el valor que tenían en el sistema contractual romano.

Respecto a la última, no tiene ya valor alguno el criterio antiguo de que los contratos tengan o no un nombre propio; lo tuvo limitado ya en el mismo Derecho romano por razones históricas y por la aplicación que a los *c. innominados* podía hacerse de la *condictio causa data causa non secuta* o del *ius poenitendi*; significación bien distinta tiene la referencia que parece hacerse en el art. 1.103. En éste se afirma únicamente el principio de que en orden a ciertos contratos civiles o mercantiles (que son los más frecuentes) se establecen reglas particulares en el Código civil y en el de Comercio fuera de las cuales los contratos todos, tengan o no una denominación propia, se supeditan a las normas generales contenidas en el título en que el art. 1.103 está inserto.

Tampoco tienen valor las fundadas en una acentuación par-

(1) De los modos cómo pueden agruparse los contratos particulares que tienen una disciplina específica en el Código, se hablará más adelante al comenzar el siguiente capítulo.

ticular del elemento constitutivo de la *causa civilis*, elemento formal o real consistente en la pronunciación de determinadas palabras solemnes (contratos verbales) o en el uso de la forma escrita (c. literales) o en la precedente entrega de la cosa (c. reales) y excepcionalmente en la mera manifestación del consentimiento, el cual, en defecto de forma o de precedente entrega de la cosa, era causa justificativa de la obligación y considerada como suficiente para engendrar el vínculo (c. consensuales).

Los contratos todos son en nuestro Derecho consensuales, es decir, no precisan de elementos formales a causa del principio de que el simple consentimiento es suficiente para engendrar la obligación.

El sistema romano que no reconocía al simple consentimiento la virtud de crear vínculos obligatorios, pudo dar gran importancia a los elementos verbales o escritos o a la *res* de modo que cuando excepcionalmente bastaba el simple consentimiento, parecía lógico llamar consensuales a los contratos correspondientes; esto no tendría sentido en un régimen que como el nuestro reconoce imperante el principio contrario e invierte la relación entre consentimiento y causa justificativa del vínculo. Debe afirmarse, pues, que así como por vía de excepción el Derecho romano reconoció en el mero consentimiento la virtud de generar la obligación en los cuatro contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato), así también excepcionalmente el Derecho moderno exige en ocasiones a más del consentimiento un requisito formal (siempre la forma escrita y nunca la pronunciación de palabras solemnes) no ya para la validez sino para la existencia misma de la relación contractual (así, por ejemplo, documento público para la donación, forma escrita especial para la letra de cambio, etc.). Pero ni siquiera cuando la forma solemne es requerida, dicho requisito se eleva por sí solo a causa justificativa del vínculo porque ésta radica fuera de tal solemnidad. Y lo mismo debe decirse para los contratos reales.

La discusión que en orden a estos últimos se renueva entre los civilistas sobre si la categoría romana de los contratos reales ha sobrevivido y merece ser conservada en nuestro sistema es,

si bien se mira, totalmente ociosa (1). Ciertamente que entre nosotros se dan contratos que como el mutuo, el comodato, el depósito, la prenda, presuponen una precedente entrega de la cosa (de la cual se transfiere la posesión como en los tres últimos casos o se transmite la propiedad y la posesión como en el primero), para que el vínculo contractual pueda constituirse. Es un error confundir con los contratos de mutuo, de comodato, etc.—los cuales no se perfeccionan sino cuando la cosa haya sido recibida por quien deba ser deudor—los contratos que preparan un mutuo o un comodato en cuanto alguien se obliga frente a otro a dar en mutuo una suma o en comodato una cosa. Es una tentativa vana la de algún autor aislado que, desconociendo la neta y precisa diferencia entre un contrato de mutuo y una promesa de mutuo, etc., quiere agrupar ambas especies constituyendo un tipo único de contrato consensual, negando trascendencia a la precedente entrega de la cosa y estimando constituido ya el mutuo o el comodato, de los cuales la entrega sería su cumplimiento.

A tales tentativas se oponen la naturaleza de las cosas y el mismo lenguaje legislativo que claramente afirma hallarse constituido el comodato en el mismo momento en que el comodante entrega la cosa a la otra parte (art. 1.805), el mutuo cuando el mutuante entrega determinada cantidad (art. 1.819), la prenda cuando el deudor da la cosa mueble (art. 1.878) declarando con relación al depósito que éste sólo es perfecto cuando se opera la tradición de la cosa (art. 1.837).

Basta contraponer a ésta la terminología empleada, por ejemplo, en la compraventa (art. 1.447) o en el arrendamiento (artículo 1.569), donde se dice que el vendedor se obliga a dar a otro una cosa o el arrendador a hacer gozar a otro de una cosa, para revelar la profunda diferencia existente entre aquellos con-

(1) Para la doctrina alemana, véase Demelius, *Realcontracte in heut. Rechte* (*Herrings Jahrb.*, III, páginas 399 y siguientes); Unger, *ib.*, VIII, pág. 1 y siguientes; Böhmer, *Realverträge in heut. Rechte* (*Arch. f. Burg. Recht.*, 1913, páginas 314 y siguientes); para la francesa y la italiana Coviello, *Del contratto estimatorio* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, XV, páginas 384 y siguientes); Carrara, *La formazione dei contratti*, Milán, 1915, páginas 317 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, V, páginas 580 y siguientes.

tratos que presuponen una precedente transmisión de cosas y los contratos que prescindan de ésta. Y esta diferencia repercute en todo el contenido de la relación contractual que es diversa y doble si a la promesa de mutuo o de comodato sigue la efectiva dación.

Pero como quiera que antes de esta dación no existe más que una obligación de dar en mutuo o en comodato y deudor es el futuro comodante o el futuro mutuante y acreedor aquel que acepta la promesa, luego de verificada la dación que constituye el cumplimiento del contrato y extinción de la correspondiente obligación se forma un contrato nuevo en el cual aparece como deudor el mutuuario o comodatario y como acreedor quien dió la cosa. Hay, pues, dos contratos completamente diversos y con finalidad diversa, si bien uno se encamine a generar el otro, que adquiere el carácter de objeto del primero.

Ahora bien, si los llamados contratos reales, en cuanto implican la obligación de conservar y de restituir o de restituir solamente (como ocurre en el mutuo) no pueden existir sino desde el momento en que la cosa que haya de conservarse y restituirse haya sido entregada, podemos hablar en un tal sentido de contratos reales en el Derecho moderno, pero no en el sentido romano, es decir, de contraposición a otros en que la causa del vínculo se basa en la forma solemne con que la voluntad se manifiesta o si no es requerida forma alguna en el consentimiento como queda manifestado. Podremos y aun deberemos afirmar que en ellos la causa del contrato es la previa entrega de la cosa, en cuanto esto constituye el supuesto de hecho indispensable para que el consentimiento sea eficaz; pero esto no basta para dar al consentimiento una función subordinada y diversa de la que tiene en los demás contratos porque en todos indistintamente el consentimiento representa, con el concurso de la causa, el momento constitutivo del contrato (1).

De los contratos reales se habla en el Derecho moderno, en otro aspecto, considerando, no ya el modo como el contrato se

(1) Véase esta discusión en Baudry-Lacantinerie. *Obblig.*, I, páginas 24 y siguientes, y la literatura que allí se cita, Crome, *Obblig.*, pág. 8 y nota 20.

forma (*re consistit o contrahitur obligatio*) sino el efecto real que el mismo produce. *Real* en oposición a *obligatorio* es el contrato que transmite o constituye derechos reales y que en la terminología alemana se distingue mejor de la precedente categoría (*Realvertrag*) con el nombre de *Dinglicher Vertrag*. Ahora bien, como para el Derecho moderno vale el principio de que la propiedad y los derechos reales se transmiten por el mero consentimiento, gran parte de los contratos y especialmente los alienativos combinan el efecto obligatorio con el efecto real (art. 1.125). Esto puede decirse también de los contratos de compraventa (art. 1.448), de permuta (art. 1.550), de enfiteusis (art. 1.556), de los constitutivos de servidumbre, de usufructo, etc. Esta circunstancia de la combinación del doble efecto en un contrato único resta en la mayoría de los casos gran parte de su importancia a la categoría, porque cuando el efecto real se asocia al obligatorio se suele hablar sin más de contratos obligatorios. Sin embargo, hay contratos que constituyen o transfieren derechos reales sin generar obligaciones ni siquiera por vía accesoria y estos se llaman contratos reales puros; a estos no son aplicables las normas relativas a los contratos que el Código establece relativamente a los contratos obligatorios con eficacia real (1).

Son otros los momentos y los criterios ya substanciales e intrínsecos o ya solamente extrínsecos, en que se basan las distinciones que el Código acoge o presupone; de ellas las más no son extrañas a las doctrinas romanísticas; por el contrario, fueron elaboradas por ellas y transportadas luego al campo civilístico.

α) *Contratos bilaterales y unilaterales*.—Diversa completamente de la antigua distinción entre actos bilaterales y unilaterales (la cual se funda en la existencia de una declaración de voluntad doble o única, por lo que todos los contratos son siempre bilaterales) la actual distinción se basa en el importante criterio de que una sola de las partes asuma obligaciones frente a la otra o ambas recíprocamente. Es *bilateral* o *sinalagmático* el contrato, cuando los contrayentes se obligan recíprocamente uno

(1) Crome, *Parte gen.*, páginas 229 y siguientes; Zachariae, *Man.*, II, pág. 399; Savigny, *Sistema del dir. rom.*, III, pág. 405.

frente a otro (art. 1.099) como ocurre por ejemplo, en la venta o en el arrendamiento en que el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio, o el arrendador a conceder el goce de una cosa o a suministrar las obras y el arrendatario a pagar el canon o merced. *Unilateral* cuando uno se obliga frente a otro, sin que éste contraiga obligación alguna (artículo 1.100), como ocurre por ejemplo en el mutuo o en el depósito en el que uno solo (el mutuuario o el depositario) se obliga a realizar la prestación (restituir o conservar y restituir) y el otro no se obliga a nada. Deriva del primero un crédito doble y recíproco y a la prestación se opone una contraprestación, cada una de las cuales es causa y condición de la otra; deriva del segundo un solo crédito que genera una prestación única, así que cada uno de los contrayentes es solamente acreedor o deudor y no al mismo tiempo acreedor y deudor.

Ocurre a veces que del mismo contrato unilateral surge, por efecto de especiales hechos, una segunda y opuesta obligación, de modo que el único obligado adquiere también un crédito; así, por ejemplo, puede eventualmente surgir un crédito en favor del depositario o del mandatario cuando en la custodia de la cosa o en la ejecución del encargo hicieron gastos a cuyo reembolso está obligado el depositante o el mandante. Se suele hablar entonces de contratos *bilaterales imperfectos* (a los bilaterales verdaderos y propios se les llama *bilaterales perfectos*) por la apariencia de bilateralidad que la relación contractual ofrece. Pero es tan sólo una apariencia; ya que es requisito esencial de la bilateralidad que no haya solamente una prestación y una contraprestación, sino que una oficie de compensación o equivalente de la otra; y tal requisito resulta excluido por el carácter *eventual* de la segunda prestación en los contratos unilaterales. Los cuales no cambian de naturaleza cuando la obligación de la contraprestación surge, no ya de un hecho o evento posterior, sino de una convención accesoria simultánea a la obligación de realizar la prestación; así, si, por ejemplo, se conviene que el depositario o el mandatario debe ser retribuido o si se otorga al depositario el uso de la cosa depositada, tales contraprestaciones tienen carácter accidental frente al tipo normal del con-

trato de depósito o de mandato, y si bien les privan de su carácter de negocios gratuitos, no les transforman de unilaterales en sinalagmáticos (véanse para el depósito artículos 1.837, 1.844, número 2 y 1.846; y para el mandato 1.737, 1.739 (1)).

Esta distinción funciona de modos muy distintos.

Sólo a los contratos bilaterales (y no figuran entre éstos los bilaterales imperfectos, que son siempre unilaterales) es aplicable la condición resolutoria tácita en virtud de la cual faltando uno de los contrayentes a la propia obligación, puede el otro pedir la resolución del contrato si no prefiere constreñir al cumplimiento a la otra parte (art. 1.165); sólo respecto a ellos es aplicable la *exceptio non adimpleti contractus*, que da derecho a cada contrayente a rehusar el cumplimiento de la propia obligación si el otro acciona sin haber cumplido la suya. En cambio, únicamente a los contratos unilaterales, y más exactamente a las promesas de pagar una suma de dinero u otra cosa valuada

(1) No están acordes los autores, de los cuales algunos afirman lo contrario, reconociendo en el honorario o retribución una compensación o equivalente. Véase Bandry-Lacantinerie, *Obblig.*, I, páginas 10-13. Se discute sobre varios casos, especialmente sobre el de mutuo con interés, cuya convención de intereses (con la cual se añade una segunda obligación a cargo del mutuuario) determinando en el mutuante la obligación de entregar a la otra parte la suma mutuada, hace pensar a algunos que opera la transformación del contrato de unilateral en bilateral. No creemos fundada la discusión que podría suscitarse igualmente a propósito del mutuo gratuito, en el que falta en el mutuante la facultad de repetir la suma antes de expirar el término convenido, y en el que se daría en el mutuuario una contrapretensión encaminada a exigir que se le mantuviera en la disponibilidad de la suma. Pero esto pertenece a la esencia del mutuo y del comodato, en los que la cosa se entrega al comodatario para que use de ella. Ambos contratos responden a una finalidad. Nada cambia el hecho de la estipulación de los intereses, en la que parece se quiere ver una compensación de la obligación del mutuante de ceder la disponibilidad de una suma por un cierto tiempo, y error más grave supone el configurar la obligación del mutuante como obligación de transferir y entregar la propiedad de la suma: se confunde el contrato de mutuo. Bianchidi, *Unilateralità o bilateralità del mutuo ad interesse* (*Archives giur.*, XXIX, 1908, páginas 383 y siguientes); Gabba, *Unilateralità del mutuo ad interesse* (*Quest. dir. civ.*, 2.^a edic., 1911, II, páginas 200 y siguientes).

cuantitativamente, es aplicable la norma del art. 1.325, que exige en la escritura privada un escrito de puño y letra del promitente (o, por lo menos, la adición a la firma de las palabras «visto bueno» o «aprobado») indicando en letra la suma o la cantidad de la cosa prometida.

β) *Contratos gratuitos y onerosos*.—No coincide (como parecería a primera vista) con la distinción examinada, la de contratos a título oneroso y contratos a título gratuito o lucrativo. Entre las categorías hay solamente interferencias; mientras todos los contratos sinalagmáticos en cuanto presuponen un cambio de prestaciones recíprocas son siempre onerosos, no todos los onerosos son necesariamente sinalagmáticos (el mutuo con interés es oneroso, pero unilateral); y viceversa si el contrato gratuito es siempre unilateral en cuanto genera obligaciones sólo para una de las partes; no todos los contratos unilaterales son necesariamente gratuitos (donación, mutuo, depósito, comodato) u onerosos (mutuo con interés, depósito o mandato retribuido). *Oneroso*, según la fórmula legal (art. 1.101), es el contrato en el cual cada uno de los contrayentes quiere procurarse un provecho a cambio de una compensación a otro; *gratuito* o *de beneficencia* es aquel en que un contrayente quiere procurar al otro una ventaja sin exigir de éste compensación. Esta fórmula puede aceptarse como buena con tal de corregirla, ampliando el concepto de ventaja, admitiendo que ésta se pueda obtener para sí o procurarse a otro, y con tal que a la palabra «compensación» no se atribuya un significado demasiado riguroso de perfecta correspondencia económica entre ambas prestaciones (1).

(1) No es admisible la categoría de los contratos mixtos, que en un aspecto son onerosos y en otro gratuitos. Un contrato en el que frente a la prestación haya una contraprestación de valor inferior, no es oneroso sino hasta concurrencia de los dos valores, y por el exceso es gratuito. Una donación modal en la que se supone al donatario alguna carga, no se transforma de gratuita en onerosa. Hay que fijarse, pues, en la esencia del contrato, no en la entidad de los valores intercambiados, y según su naturaleza, el contrato será oneroso o gratuito. Para un análisis más profundo del concepto de equivalencia, véase Maury, *Essai sur la rôle de la notion d'équivalence*, en *dr. civ. fr.*, Paris, 1920; Barassi, *Giusto salario*

La importancia de la distinción se revela también en este caso en diversos aspectos. Prescindiendo de que el propio concepto de actos mercantiles excluye que entre éstos puedan figurar nunca contratos gratuitos, son diversos (como se vió oportunamente) los requisitos del fraude para el ejercicio de la acción pauliana (art. 1.235) en los contratos gratuitos y en los onerosos, más grave la responsabilidad por culpa en estos últimos (artículos 1.746, 1.844, núm. 2, 1.224, etc.), el donante no responde de la evicción al donatario (art. 1.077), son más elevados los derechos fiscales impuestos sobre los negocios gratuitos (ley del 20 de Mayo de 1897 sobre tasas de registro).

γ) *Contratos aleatorios y conmutativos.*—Los contratos a título oneroso (1) se subdistinguen a su vez en aleatorios o de suerte y conmutativos, según que la ventaja que ambos contrayentes se prometan o uno sólo de ellos prometa, dependa de la suerte, es decir, de un acontecimiento incierto o desde un principio sea cierta y determinada (art. 1.102). Conmutativa es, por ejemplo, la venta en donde hay cambio de cosa por precio y cada contrayente sabe de antemano el provecho que obtendrá del cambio, o el mutuo con interés en el que es cierto el beneficio recíproco que uno obtiene de la disponibilidad de la suma dada en mutuo y el otro de los intereses; aleatorios son el contrato de aseguración, el préstamo a la gruesa, el juego, la apuesta, el contrato de renta vitalicia, los contratos de Bolsa en general, porque la determinación de la parte que sufrirá la pérdida

e salari anormali. Contributo al concetto di equivalenza nei contratti onerosi di scambio (Riv. dir. comm., 1917, I, páginas 1 y siguientes), y Contratto di lavoro, II, páginas 389 y siguientes; Addeo, Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi, Torino, 1921.

(1) No es esta una subdistinción de los contratos bilaterales como más de un escritor (por ejemplo, Pacifici Ist., IV, pág. 151) afirma; pertenece exclusivamente a la categoría de los contratos onerosos que pueden a su vez ser sinalagmáticos o unilaterales. Es unilateral, por ejemplo, el mutuo, y si es con intereses, será unilateral, aunque conmutativo; puede, sin embargo, ser aleatorio, como ocurre en el caso de préstamo a la gruesa. Igualmente errónea es la fórmula adoptada por otros autores, que aplican la subdistinción a contratos bilaterales y onerosos a un mismo tiempo.

patrimonial o ganará el provecho, depende del acaso, de la muerte, más o menos tardía del asegurado, de la incompetencia de quienes apuestan, de las fluctuaciones de los precios de los mercados, etc.

No importa que la ganancia o la pérdida recaigan exclusivamente en una de las partes (como en el juego o la apuesta) o se distribuyan más o menos proporcionalmente entre ambas partes (como ocurre en el contrato de aseguración o en el de renta vitalicia, en los que el hecho de ocurrir el accidente o la muerte del receptor de la renta más o menos tiempo después de la conclusión del contrato, influye en la medida de la ventaja obtenida en razón del mayor o menor número de anualidades o premios pagados). Lo que decide acerca del carácter aleatorio del contrato es el concepto de riesgo que cada contrayente corre, sin que pueda al celebrarse el contrato determinarse quién de los dos lo sufrirá.

De lo que resulta que no sólo no es posible trocar la designación de aleatorios por la de negocios gratuitos y de beneficencia, sino que implica también un craso error el creer que un mismo contrato pueda ser aleatorio para un contrayente y no aleatorio para el otro; el carácter aleatorio de los contratos afecta a toda la relación desde el momento en que se establece y es absolutamente indiferente el resultado final, el cálculo de las mayores o menores probabilidades de pérdida o de ganancia, a no ser que este cálculo elimine absolutamente toda incertidumbre futura.

δ) *Contratos solemnes y no solemnes.*—El Código calla sobre esta distinción pero no es menos importante que las precedentes. Ciertamente que no tiene la trascendencia que tuvo en el Derecho romano (1), y que no se pueden comparar las solemnidades de los modernos contratos solemnes con las formas rigurosas y a menudo simbólicas de aquel Derecho y del germánico; nada poseemos hoy que se parezca a estas, por ejemplo, al uso de la ba-

(1) Abundante es la literatura sobre los contratos formales de Derecho romano; clásica la obra de Gneist, *Die formellen Verträge*, Berlín, 1845, a la que siguió una rica literatura monográfica. Sobre el formalismo jurídico, véase Zallinger, *Wesen und Ursprung des Formalismus*, 1879

lanza y al peso del metal en el *gerere per aēs et libram*, a la interrogación solemne con la congrua respuesta en la *stipulatio* en el Derecho romano: a la palmada, a la entrega de la festuca, a la *Wadiatio* y a las demás formas con que se operaba la *fides facta* en el derecho bárbaro. Desaparecido el antiguo simbolismo y cambiada con su desaparición la función que ejercían en el pasado tales formalidades, las solemnidades modernas se reducen todas (por lo menos en lo que concierne a los contratos) al uso de la escritura que a veces, sin embargo, no es por sí sola suficiente, debiendo ir acompañada de la intervención del funcionario público a quien se demanda la redacción del documento (1).

Hay, por tanto, contratos solemnes y son aquellos en los que se exige la escritura privada o el documento público, no simplemente a los fines de la prueba (*ad probationem*) sino como condición necesaria para su validez (*ab substantiam*) y bajo conminatoria de nulidad del acto todo; no importa el que la solemnidad se imponga directamente por la ley o si ésta no la prescribe, el que se pacte por las partes, porque bien pueden éstas elevar la observancia de dicha forma a la categoría de elemento esencial del contrato. Los demás contratos son no solemnes, así que la omisión en ellos de la forma escrita puede solamente influir en limitar o impedir el uso de determinados medios de prueba, como es la de testigos. A la primera categoría pertenece un crecido número de contratos. Se exige el documento público en el contrato de matrimonio (art. 1.382) y en aquellos que modifican el contrato matrimonial (art. 1.383) o regulan la separación de la dote acordada por la autoridad judicial (art. 1.419) o restablecen la disuelta comunidad de bienes entre cónyuges (art. 1.443) en la donación (art. 1.056), en el contrato de Sociedad mercantil cuando se trate de sociedades comanditarias por acciones o de sociedades anónimas (Código de Comercio, artículos 87, 128) o de cooperativas (Código de Comercio, art. 220).

(1) Una interesante monografía sobre los contratos formales en el Derecho moderno es la de Moeneclay, *De la renaissance du formalisme dans les contrats*, París, 1914.

Se exige solamente la forma escrita pudiendo bastar la escritura privada, en el contrato constitutivo de hipoteca (art. 1.978) o de prenda por un valor superior a 500 liras (art. 1.880); en aquel en que se establece en materias civiles una tasa de interés superior a la medida legal (art. 1.831). y en todos los contratos que figuran o se incluyen en la enumeración contenida en el art. 1.314, como son aquellos en cuya virtud se transfiere la propiedad de los inmuebles o de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca, aquellos que constituyen o modifican servidumbres, derechos de uso y de habitación, o transfieren el ejercicio del derecho de usufructo, los que implican renuncia a los precedentes derechos, los que establecen arrendamientos de inmuebles por término que exceda de nueve años o sociedades que tengan por objeto bienes inmuebles y una duración indeterminada o que exceda de nueve años, aquellos que constituyan rentas perpetuas o vitalicias o que impliquen una transacción. Sólo en algunos casos particulares se impone alguna ulterior formalidad extrínseca como la denominación: *letra de cambio, cambial* o *pagaré cambiario* en el contrato de cambio (Código de Comercio, art. 251) el uso de un determinado papel o de efectos timbrados también en dichos contratos (ley del Timbre de 30 de Diciembre de 1923, número 3.268, artículos 11, 12, 48) (1) y en los de Bolsa (ley

(1) Valor más secundario y para algunos nulo tienen otras distinciones: así, la de contratos *principales* y *accesorios*, según que tengan una existencia independiente (venta, arrendamiento) o dependan de otro contrato cuya suerte siguen, como ocurre, por ejemplo, con los contratos de garantía (fiianza, contrato hipotecario), o introduzcan una modificación al precedente (la convención que autoriza a rescindir un contrato, que aumenta o disminuye la tasa del interés; véase Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 323); de contratos *bonae fidei* y *stricti juris*, que algunos aceptarían con valor distinto del que tuvo en Derecho romano (Brugi, *Ist. dir. civ.*, pág. 449); entre contratos *civiles* y *comerciales*, señalada en el art. 1.103 del Código civil y que ha de referirse para que tenga un valor práctico y dogmático a determinadas figuras concretas de contratos, propias de las relaciones comerciales y reguladas por el correspondiente Código (contrato cambiario, de reporte, diferencial, préstamo marítimo) y no a aquellos contratos que regula el Código civil y que pueden convertirse en comerciales si se celebran entre comerciantes. Más im-

de 20 de Marzo de 1913, núm. 272 sobre Bolsas, art. 35) (1).

§ 83.—*Elementos del contrato*

Brugi, *Ist.*, § 58; Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 152, 174; Chironi, *Ist.*, II, §§ 284-287; Zachariae, *Man.*, II, §§ 322-325; Aubry y Rau, *Cours.*, IV, §§ 342-345; Planiol, *Traité*, II, números 962 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 1, §§ 311-318.

Como otro negocio jurídico cualquiera, así también el contra-

portancia tiene la otra distinción entre contratos *materiales* y *formales* o *puros* o *abstractos*, según que la causa determinante del contrato se incorpore a la promesa y se eleve a causa jurídica de modo que constituya un elemento esencial e inseparable de la declaración de voluntad o no. Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 319; Crome, *Partie gen.*, § 31. Para esta distinción, más ampliamente aplicada en la doctrina general del negocio jurídico, véase vol. I, § 25.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — En España la doctrina en materia contractual está orientada en el sentido del Código civil francés (artículo 1.101). Para Sánchez Román (*Estudios de Derecho civil*, tomo IV, páginas 148 y 149, 2.^a edición, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1899) convención es cualquier acuerdo de voluntades y contrato la «convención jurídica manifestada en forma legal por virtud de la cual una persona se obliga en favor de otra o varias entre sí al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer».

De la definición—característica mejor—que da del contrato el artículo 1.254, el Código civil español resulta asimismo afiliado a la tendencia del francés, que sólo se refiere al «contrato obligatorio». Del citado artículo se desprende—como Castán hace notar—que acepta la construcción estricta u obligacional del contrato, circunscribiéndolo a las relaciones patrimoniales y considerándolo como una convención o acuerdo de voluntades para la creación de una obligación de dar o de hacer (*Derecho civil español común y foral*, tomo II, pág. 96, Madrid, Editorial Reus, 1927). Los términos del art. 1.24 dice De Buen—revelan que en el pensamiento del Código el ámbito de la contratación es el de los derechos de crédito y el de los derechos reales, puesto que, según dicho artículo, en todo contrato la obligación consiste en dar alguna cosa (creando aquí un derecho real, si se da para que éste nazca), o prestar algún servicio.

Con los artículos 1.805, 1.819, 1.878 y 1.837 del Código italiano citados en el texto con ocasión de la naturaleza real de los contratos de préstamo, comodato, mutuo, prenda y depósito, concuerdan los 1.740, 1.753, 1.863 y 1.758 del Código español que exigen para su nacimiento entrega de la cosa. Para notar la profunda diferencia que existe entre éstos y los consensuales, contrapone el autor a los artículos citados la terminología que se emplea en la compraventa... *uno si oblige a dare* (artículo 1.447) y en el arrendamiento... *una delle parti contraenti si oblige a far podere* (art. 1.569). Otro tanto puede hacerse con sus concordantes

to exige para su existencia legal el concurso de algunos elementos fundamentales que constituyen las condiciones de su validez. Dos especialmente son importantes, porque constituyen la esencia del contrato y de todo negocio jurídico: la voluntad de las partes que se manifiesta aquí mediante un acuerdo, o sea el consentimiento, y la condición objetiva exigida por el derecho para atribuir eficacia jurídica a la voluntad, es decir, la causa. Pero la voluntad, en cuanto persigue determinados efectos jurídicos, no es eficaz si no procede de sujetos capaces; y en cuanto se encamina hacia un fin protegido por el derecho debe recaer sobre un objeto determinado que pueda ser materia de convención. Así, aquellos dos primordiales elementos se desenvuelven y resultan cuatro que constituyen las condiciones de validez del contrato, o como el Código dice (art. 1.104), sus requisitos esenciales: 1), la capacidad de contratar; 2), un consentimiento válido de los contrayentes; 3), un objeto determinado que pueda constituir el contenido del vínculo obligatorio; 4), una causa lícita de obligarse. Hay, es cierto, requisitos ulteriores para ciertas figuras concretas, como la forma cuando ésta es requerida *ad substan-*

del Código civil español 1.445 y 1.543, que dicen: ... «se obliga a entregar», «... se obliga a dar a la otra».

La clasificación en unilaterales y bilaterales es correlativa a la de obligaciones de una y otra especie; en cuanto a la de onerosos y lucrativos, el Código español, como dice Castán (pág. 96 de la obra citada), parece elevar esta clasificación a tripartita, al hablar en el art. 1.264, a propósito de la causa de contratos *onerosos, remuneratorios* y de *pura beneficencia*. Pero los remuneratorios son, en realidad, gratuitos, como se desprende del art. 619.

El art. 1.235 del Código italiano referente a los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción pauliana, concuerda con el 1.111 del español, pero éste no distingue como aquél según se trate de actos a título oneroso o lucrativo.

La ley italiana de 20 de Mayo de 1897 sobre tasas de registro corresponde en cuanto a la materia que regula con la española de 28 de Febrero de 1927 y Reglamento de 27 de Marzo de 1927 referentes a los impuestos de derechos reales y sobre transmisión de bienes.

Sobre solemnidades contractuales véanse artículos 1.321 (matrimonio); 632 y 633 (donación); 1.667 (sociedad civil); 1.865 (prenda); 1.875 (hipoteca) del Código civil español, que equivalen a los 1.382, 1.383, 1.056, 1.978 y 1.880 del italiano. El 1.280 del español enumera los actos y contratos que deberán constar en escritura pública, excepto los comprendidos en su último párrafo, para los que es suficiente el documento privado.

tiam; pero aquí debemos considerar solamente los requisitos de tipo abstracto y general estudiando en los contratos particulares sus requisitos especiales. Por otra parte, de los requisitos comunes a todos los contratos no debe decirse aquí más de aquello que ofrezcan de notable y especial con relación al contrato; a la doctrina del negocio jurídico corresponde su más amplio y difuso estudio.

I. *Capacidad de los contrayentes.*—La capacidad exigida en las partes para que puedan dar vida a un contrato, no es más que un aspecto particular de la capacidad de obrar en general. Habrá que acudir aquí a los principios que rigen éstas y a las normas expuestas sobre las causas que en las personas físicas pueden modificarla como son la menor edad, la interdicción para quien está sujeto a condena criminal, la interdicción e inhabilitación para el enfermo mental; en cuanto a las personas jurídicas habrá que tener en cuenta el principio según el cual solamente están autorizadas a realizar aquellos actos que estatutariamente pueden celebrar y el otro por el que se exige para aceptar las donaciones la autorización del Gobierno. Hay que tener en cuenta también la distinción entre capacidad natural y capacidad legal, las cuales, como es sabido, pueden no coincidir y frecuentemente no coinciden, como no coinciden tampoco sus contrapuestos. Conviene, finalmente, distinguir en los efectos que el contrato produce respecto al incapaz, si éste por el contrato asume una obligación o adquiere un derecho o un crédito.

Como para la capacidad general de obrar así también para la de contratar, rige el principio general de que la capacidad constituye la regla y la incapacidad la excepción. Ello no significa que sean poco frecuentes los casos de incapacidad (porque son muchas las personas que figuran en la categoría de los incapaces) y sí solamente que la incapacidad como derogación deba ser declarada por la ley. Este es el valor del art. 1.105: «cualquiera persona puede contratar si no es declarada incapaz por la ley». Pero esta fórmula no impide que se pueda y deba reconocer una incapacidad aun cuando la ley no la establezca, en aquellos casos en que faltan la conciencia y la voluntad. El art. 1.106 enumera las personas que la ley declara incapaces, pero tal enumeración

no es completa, porque luego de recordar las cuatro categorías de menores, interdictos, inhabilitados y mujeres casadas (esta última incapacidad ha desaparecido), el Código se remite a otras de sus disposiciones y a otras leyes que prohíben a determinadas personas celebrar ciertos contratos. Limitándonos a citar algunos ejemplos de estos particulares casos de incapacidad (porque su completa enunciación no es posible) y advirtiendo previamente que incluso para las citadas categorías genéricas la incapacidad debe admitirse solamente en los casos expresados por la ley, podemos afirmar sintéticamente que son incapaces de contratar:

1. Los menores no incapacitados en orden a todos los contratos en general, excepto el de matrimonio (art. 1.386) y los menores emancipados en orden a todos aquellos que impliquen una disposición patrimonial que exceda de la mera administración (art. 317).

2. Los interdictos judicialmente, relativamente a los contratos todos sin excepción, por el obstáculo que la enfermedad mental opone a todo acto volitivo (art. 329).

3. Los interdictos legalmente o por efecto de condena también respecto a todos los contratos (art. 33 del Código penal), exceptuados los propios del derecho de familia.

4. Los inhabilitados por enfermedad mental, sordomudez, ceguera de nacimiento, en orden a aquellos contratos que excedan de la simple administración (art. 339).

5. Los quebrados respecto a todos los contratos que recaigan sobre bienes que figuren en la masa de la quiebra y a partir de la fecha de la sentencia declarativa de la quiebra (artículo 699 del Código de Comercio).

6. Las personas que administran bienes ajenos en orden a los contratos que tengan por objeto bienes del administrado o se refieran a éstos, y, por consiguiente, el tutor, el protutor, el curador, el padre que ejerce la patria potestad (artículos 300, 307 y 1.457), los procuradores legales, los administradores de los Municipios o de otras entidades públicas, los funcionarios públicos (art. 1.457), los Jueces, los funcionarios del Ministerio Fiscal, los Cancilleres, Ujieres, Abogados y Notarios (art. 1.458); los cón-

yuges relativamente a los contratos que tengan por objeto liberalidades entre los mismos (art. 1.054) y aquellos que modifiquen las capitulaciones matrimoniales (art. 1.385), etc., etc.

II. *Consentimiento*.—Precisa en segundo término que dos o más personas natural o legalmente capaces consientan en modo válido y serio en crear entre sí un vínculo contractual. Consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común y se unen. Dirigidas en el contrato obligatorio, una de ellas, a prometer y la otra a aceptar, dan lugar a una nueva y única voluntad que es la llamada voluntad contractual y que es el resultado, no la suma, de las voluntades individuales y que constituye una entidad nueva capaz de producir por sí el efecto jurídico querido y sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes, de lo cual deriva la irrevocabilidad del contrato.

Supuesto esencial es, pues, una doble declaración y ésta a su vez implica que dos personas se hallen frente a frente movidas por intereses particulares a cada una y eventualmente opuestos, pero tendentes al fin común de crear la relación jurídica. Que las declaraciones pueden también ser varias es evidente, porque nada se opone a que por ambas partes intervengan varias personas en la creación de la relación contractual como promitentes y como aceptantes. En cambio no es posible reducirlas a una sola, por excluirlo la esencia misma del consentimiento, palabra que expresa la necesidad de un recíproco acuerdo (*cum-sentire*).

Se discute vivamente si a tal principio pueden oponerse dos excepciones: la de la obligatoriedad de las declaraciones unilaterales de voluntad y la posibilidad de un contrato consigo mismo.

a) *Promesa unilateral*.—Cuando se prescinde del sistema positivo del Código que no reconoce otras fuentes de obligaciones que las cinco enumeradas en el art. 1.097, no hay obstáculo alguno en admitir que el vínculo obligatorio pueda nacer de una declaración unilateral de voluntad emitida con intención de obligarse. Parece conforme a razón y no opuesto a principio alguno de derecho el que una persona pueda, mediante una propia declaración de voluntad, prometer a otras una prestación y

vincularse independientemente de la aceptación que de dicha promesa haga el destinatario. La obligación surgiría en tal hipótesis, no de un contrato, ya que éste presupone una oferta y una aceptación (y aquí faltaría la declaración de quien adquiere el crédito) sino directa y exclusivamente de la declaración del promitente. En esto; según algunos, se basa la obligatoriedad de las promesas de recompensa a quien haga un descubrimiento, o realice una obra, o entregue una cosa extraviada, de las promesas de premio a quien gane un concurso, de las ofertas dirigidas al público en general y en ello basan o fundamentan también la obligación de quien emite títulos al portador o a la orden. Pero, como ya dijimos, con este concepto no pueden explicarse tales figuras de obligaciones, porque a la promesa unilateral no se le reconoce en nuestro derecho eficacia obligatoria. •

Ello deriva más que del silencio mantenido por el Código respecto a las declaraciones unilaterales de voluntad, de todo el sistema de nuestro Derecho positivo y de la tradición romanística que le sirve de base. Ya en el Derecho romano aquéllas no eran suficientes para crear obligaciones: sólo excepcionalmente la *pollicitatio* (1) podía tener esta virtud, cuando se hacía al Estado o a un Municipio y por una justa causa (como un honor recibido o esperado), o si se hacía en beneficio de la divinidad, de la Iglesia, de un establecimiento pío (*votum*). Estos casos como aquellos otros pocos que podrían hallarse en el Derecho romano de obligaciones originadas en la pronunciación de ciertas palabras por una sola de las partes (*uno loquante*), como, por ejemplo, *dotis dictio* y en la *promissio iurata liberti* han perdido su importancia en Derecho moderno, sin que pueda decirse tampoco que rija en nuestro derecho el principio del germánico (indiscutido) que da a las promesas unilaterales fuerza de obligar. En Derecho positivo hay que aferrarse al concepto de que de un acto de voluntad encaminado a crear una obligación no puede surgir ésta si no concurre con la declaración de quien quiere

(1) Para formarse idea clara de la pollicitación y de la convención véase Ulpiano, fr. 3, pr. D. 50, 12: *Pactum est duorum consensus atque conventio pollicitatio vero offerentis solius promissum.*

obligarse una aceptación en la otra parte, es decir, si no hay contrato (1). Poco importa que la aceptación siga a distancia a la oferta o se actúe sin expresa declaración, mediante una adhesión tácita como la ejecución del hecho que funciona como compensación a la promesa, etc. Es más, la mayoría de los casos en que parece que la promesa unilateral cree la obligación deben explicarse estimando tales hechos como aceptación de la oferta (2).

b) *Contrato consigo mismo*.—De un contrato consigo mismo no puede hablarse en el supuesto de que a la unidad de la persona de quien parte la declaración de voluntad corresponda una unidad patrimonial; en otros términos, precisa admitir la existencia de dos patrimonios cuya representación ostenta un único sujeto que los coloca por virtud de su declaración de voluntad en una relación obligacional. Y esto es posible, ya que no hay, abstracta ni prácticamente, dificultad alguna en admitir que el titular de un patrimonio administrador del ajeno, o el administrador de dos patrimonios ajenos y distintos, cree una relación jurídica que ligue el patrimonio propio y el ajeno o los dos patrimonios ajenos. Es el caso previsto expresamente en el ar-

(1) No se toman aquí en consideración las declaraciones de voluntad *mortis causa* que son ciertamente declaraciones unilaterales que generan obligaciones, cuando se dice en el texto, es decir, que la voluntad de uno sólo no es capaz de crear obligaciones, se debe entender de la voluntad que debe producir el efecto en vida del declarante o sea de los actos *inter vivos*; la voluntad del difunto no es una promesa y la fuente de la obligación radica según la dogmática tradicional en la ley.

(2) A más de las amplias referencias contenidas en las citadas obras consúltense: Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heut. Recht*, Wien, 1873; Hofmanir, *Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbes der Vertrag*, Wien, 1874; Wornis, *De la volonte unilaterale*, París, 1891; Scialoja A., *La dichiarazione unilaterale di volontà come fonte di obbligazione* (*Riv. dir. comm.*, 1904, páginas 370 y siguientes); Goldberg, *Essai d'une théorie génér. de l'engagement jur. par volonté unilaterale*, París, 1915; Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 304; Ferrini, *Oblig.*, páginas 650 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 250 n. b; Baudry-Lacantinerie, *Oblig.*, páginas 36 y siguientes. Hay que confesar, sin embargo, que se dan casos especiales en los que es inaplicable toda idea de contrato y en los que debiera reconocerse fuerza de obligar a la simple promesa; pero la laguna del Derecho positivo no puede ser colmada por el intérprete.

título 386 del Código de Comercio, del comisionista encargado de comprar o vender letras de cambio, títulos de la Deuda u otros de crédito circulantes o mercancías que tengan un precio en Bolsa o mercado, puede por sí, como vendedor, entregar las cosas que debe vender por cuenta del comitente, y puede también retener para sí, como comprador, al precio corriente, las cosas que debe vender por cuenta de dicho comitente; es también el caso del representante legal o del mandatario o del gestor de negocios que dan vida a una relación contractual entre sí y el representado; los ejemplos pudieran multiplicarse.

Varios en verdad son los modos por los que se ha intentado explicar el singular fenómeno en cuya virtud una sola persona consigue, mediante una declaración de voluntad única, crear una relación contractual entre él y su representado o entre los dos representados. Mientras unos aprecian en la declaración única dos voluntades distintas, aunque emanadas de una sola persona (la voluntad del comitente se puede ficticiamente considerar delegada al comisionista mediante el mandato y lo mismo en el caso de doble representación), otros con razón oponen que por lo menos allí donde no hay mandato (como, por ejemplo, en la representación legal), es la voluntad única del representante la que por sí sola crea la relación obligatoria; en algunos casos, como el del art. 380 del Código de Comercio, se recurre a una tercera explicación que considera surgida la relación contractual de compraventa directamente entre comitente y comisionista en virtud de la adhesión preventivamente otorgada por el primero a dicho contrato, que el comisionista ejecuta en virtud de su determinación de voluntad. Como quiera que sea, lo cierto es que en tanto no se ingenie una distinta explicación del fenómeno y en tanto un fácil y peligroso conflicto de intereses entre representado y representante no induzca al legislador a establecer prohibiciones (en la representación legal el sistema del Código es precisamente el de prohibir que el padre, el tutor, etc., puedan contratar en interés propio con los bienes del hijo, del pupilo, etc., artículos 300, 224 y 1.457) una declaración única de voluntad puede crear la relación contractual, pero esto constituye un fenómeno anormal y es una consecuencia de la combi-

nación de los principios de la representación con los propios del contrato (1).

El principio fundamental del contrato es el de que todo acuerdo se opera mediante una *promesa* y una correspondiente *aceptación*, o si se quiere más exactitud, mediante una *oferta* y la *aceptación*; no siempre quien promete es el que ofrece, pudiendo muy bien la propuesta del contrato partir de quien adquiere el crédito (2), en cuyo caso la aceptación será de aquel que se obliga. Tampoco siempre el proceso constitutivo del contrato se agota en una sola promesa y en la aceptación correspondiente; hay también (al lado de los unilaterales) contratos bilaterales, en los que cada una de las partes promete y a su vez acepta la promesa de la otra (3). La regla general es que cuando la propuesta hecha por uno es aceptada por otro, hay contrato, porque sólo entonces hay concurrencia y fusión de voluntades. Pero conviene advertir que no es tan absoluta como parece ni expresa todos los requisitos necesarios para que el vínculo contractual u otro en su lugar surja. Su recta inteligencia demanda un análisis de los elementos de que consta el acuerdo y del momento en que éste se forma.

a) *Oferta*.—No toda iniciativa o determinación de voluntad aun manifestada, de celebrar un contrato es oferta en sentido

(1) Sobre esta materia véase Römer, *Rechtsgeschäfte des Stellvertreters mit sich selbst* (*Zeitschr. f. das Ges. Handelsrecht*, XIX, 1874); Rummelin, *Das Selbstcontrahiren des Stellvertreters nach gem. Recht.* Freiburg, 1888; Arnó, *Il contratto con sé medesimo* (*Arch. Giur.*, LVI, 1896, páginas 19, 256, 473, 578; LVII, páginas 251, 408); Sraffa, *Il contratto del commissionario con sé medesimo* (*Arch. Giur.*, 1898); Caporali, *Contratti con sé medesimo* (en *Diz. prat. di dir. priv.*); G. P. Chironi, *Del contrattare con sé medesimo* (*Riv. dir. comm.*, 1917, I, páginas 1 y siguientes); Leone, *Il c. d. contratto con sé stesso* (*Riv. dir. civ.*, VIII, 1816, páginas 581 y siguientes); Ferrini, *Obblig.*, páginas 654 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 252 y siguientes.

(2) Esto era normal en la estipulación romana.

(3) Sin embargo, como los elementos más complejos de este caso se pueden descomponer y reducir a dos términos simples: el de la oferta y la aceptación del vínculo que cada uno asume, se prescinde en el texto, para simplificar la teoría, de estos casos más complicados.

técnico, si no tan sólo declaración de voluntad dirigida por una parte a otra para provocar la adhesión del destinatario a la propuesta (1). De qué parte arranque la oferta, carece de importancia porque esto afecta a los motivos que impulsan a contratar y es indiferente, que ambas partes resulten obligadas por el contrato o que resulte una sola.

Que si simultáneamente y en forma de oferta hay dos declaraciones de voluntad encontradas para crear el mismo y único contrato, cada una puede oficiar respecto a la otra como aceptación y originar la perfección de la relación contractual inmediatamente que lleguen a su destino.

Cualquiera propuesta que dirigida a la otra parte pretenda constituir el vínculo y no contenga todos los elementos esenciales a aquel determinado tipo de contrato que pretende crear (designación de la cosa, del precio, etc.), podrá representar un momento importante del proceso formativo del contrato, pero no la oferta o propuesta pronta para la aceptación. Precisamente por esto hay que distinguir netamente de los preliminares del contrato, la oferta que es una promesa de contrato (2); y de esta a su vez hay que distinguir los contratos preliminares de que se tratará al estudiar el objeto (3).

(1) Se admite que la oferta puede consistir en una tácita declaración de voluntad, en un hecho que entrañe tal oferta: por ejemplo, el envío de una muestra de una mercancía no encargada. ¿Qué debe hacer el destinatario si no accede al contrato? ¿Deberá contestar rechazándola? ¿Y conservar y custodiar la cosa antes de restituirla? ¿Y con qué grado de diligencia? Véase Nattini, *La spedizione di cosa non ordinata*, 1912; Navarra, *Tratt. di dir. Comm.*, II, pág. 147, n. 2.

(2) Marson, *Die Natur der Vertragsofferte*, Greifswald, 1879; Grisostomi, *Le promesse di contrattare*, Frascati, 1903.

(3) Sobre los distintos momentos que preceden a la conclusión del contrato y sobre la responsabilidad de las partes en los diversos grados de formación del mismo, consúltense los agudos estudios de Saleilles, *De la resp. precontr.* (*Rev. trim. de dr. civ.*, 1907, páginas 697 y siguientes), y Jaggella, *Dei perio di precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica* (*Studi per Fadda*, III, páginas 271 y siguiente) en *Archivio Giur.*, 1909, páginas 128 y siguientes, en *Riv. crit. di dir. e Giur.*, 1909, página 1; *I periodi precontr. e la resp. pre contr.*, Roma, 1918. Contra Albertario en *Dir. comm.*, 1910, pág. 48; Nattini, *Ib.*, 1910, pág. 235; Polac-

Es la oferta un acto unilateral (el contrato preliminar es, en cambio, bilateral por suponer ya formado el acuerdo) 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 resulte aceptada. 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 aceptarla dando vida al contrato, el oferente; desde este instante, queda vinculado hasta que el destinatario la acepte expresa o implícitamente emprendiendo su ejecución.

No se crea por esto que al oferente no corresponda la facultad de revocar la oferta; antes de la aceptación del destinatario puede el oferente revocar la oferta y tanto más puede retirarla si no llegó aún al destinatario, de modo que la revocación llegue a su poder antes que la oferta. Es más, el derecho de revocación puede ejercitarse en los contratos bilaterales (a no ser que el oferente hubiera renunciado previamente) incluso cuando el destinatario hubiese aceptado sin que hubiese recibido el proponente noticia alguna de su aceptación.

En cambio el vínculo que deriva de la oferta, subsiste si la otra parte emprendió la ejecución del contrato; el cual se manifiesta en la obligación de resarcir el perjuicio causado por el proponente a la otra parte, en la medida, no ya del interés positivo (no habiendo aquí incumplimiento del contrato que no es aún perfecto), sino en la medida del interés negativo que implica la confianza abrigada por la otra parte de poder concluir el contrato ofrecido (art. 36 del Código de Comercio) (1).

co, *Obblig.*, páginas 511 y siguientes, los cuales niegan (y fundadamente) la responsabilidad que derive de la rotura de los tratos en tanto las partes se hallen aún en el período precontractual, es decir, anterior a una verdadera propuesta del contrato. Sobre el proceso formativo del contrato véanse también Carnelutti, *Le formazione progressiva del contratto*, Milán, 1916; Ancora, *Sulla formazione progressiva del contratto (Riv. dir. comm., 1917, I, páginas 339 y siguientes)* y con amplias referencias a la doctrina antigua y moderna el volumen de Carrare, *La formazione del contratto*, Milán, 1915.

(1) Venzi en Pacifici. *Ist.*, IV, páginas 261 y siguientes; Planiol, *Trai-*

β) *Aceptación*.—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, etcétera, constituye una aceptación de la oferta. Y como ésta debe dirigirse a la persona del destinatario (no es oferta el propósito manifestado a un tercero de contratar con otros), 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 hiciese 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 (1).

Para que nazca un contrato se exige, en efecto, que el acuerdo sea pleno, que el consentimiento recaiga sobre todas las cláusulas y modalidades enunciadas por una parte a la otra, incluso sobre las secundarias; hasta este momento hay solamente una serie de proposiciones de las cuales cada una espera aceptación.

Esta, por regla general, debe seguir inmediatamente a la propuesta, es decir, sin intervalo; cuando entre la propuesta y la aceptación sea ineludible el transcurso de un cierto tiempo (como ocurre siempre en los contratos entre ausentes), éste no puede ser indefinido porque el oferente no puede hallarse indefinidamente vinculado. Para evitar esto se fija un cierto término por el propio oferente o el necesario para que puedan llegar a

té, II, números 971 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 307; Regelsberger, *Pand.*, I, § 150; Jhon, *Die Haftpflicht des Offerenten bei Wiederruf seiner Offerte* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXXX, 1892, páginas 64 y siguientes). De las normas mucho más completas y diversas dictadas por los legisladores alemán y suizo en materia de obligaciones, véanse §§ 130, 145 del Código civil alemán y los artículos 3 y siguientes del suizo.

(1) Así textualmente el Código de Comercio, art. 37: «Una aceptación condicionada o limitada equivale a rechazamiento de la propuesta implicando una nueva». Pacchioni, *Riv. dir. comm.*, 1908, II, pág. 148; Scialoja, *ib.*, 1909, I, pág. 477.

su respectivo destino la oferta y la respuesta. Dentro de tales límites será siempre eficaz en tanto la oferta no haya sido revocada.

La aceptación es como la propuesta, también revocable. El derecho de revocación puede ejercitarse, en los contratos bilaterales, en tanto el proponente no haya tenido noticia de la aceptación (si le llegase después de ésta, el contrato ya sería perfecto); puede ejercitarse sin responsabilidad alguna respecto al interés negativo, ya que el proponente no podía confiar en que su oferta hubiera sido aceptada y, por tanto, no se hallaba autorizado a emprender la ejecución del contrato (Código de Comercio, art. 36).

Finalmente, la aceptación no es posible, o si, emitida, no es ya eficaz, cuando el proponente haya muerto o sea declarado incapaz antes de que la aceptación llegue a su conocimiento; lo mismo debe decirse respecto a la propuesta, si antes de su aceptación hubiere muerto o sido declarado incapaz el destinatario. Esto deriva del principio fundamental de nuestro Derecho, según el cual el contrato no se perfecciona sino mediante el acuerdo de dos voluntades existentes y permanentes hasta el momento en que concurren; y como en el primer caso la voluntad del aceptante no puede ya concurrir con la del proponente declarado incapaz o muerto, así tampoco en el segundo puede la voluntad del oferente concurrir con la del destinatario, la cual no podría ser sustituida por la de sus herederos (1).

γ) *Conclusión del contrato.*—El punto más esencial de toda la doctrina aquí estudiada es el que se refiere a la determinación del momento en que se verifica el encuentro de voluntades, y en el que puede decirse que el contrato es ya perfecto.

La cuestión, que no ofrece dificultad alguna cuando las partes están presentes (porque debiendo, en tal caso, seguir la aceptación inmediatamente a la propuesta, y siendo aquella emitida y recogida casi simultáneamente no hay intervalo durante el

(1) En orden a los sistemas adoptados por el Código alemán y el suizo, véanse los §§ 130, 147, 148, 149, 150 y 153 del primero y los artículos 4.º, 6 y 9 del segundo.

cual pueda dudarse de si se ha verificado o no el encuentro), la ofrece importantísima y grave cuando los contrayentes se hallan lejanos uno de otro, es decir, cuando se trate de contrato entre ausentes, como son aquellos que se celebran por correspondencia epistolar o telegráfica o mediante un nuncio (1). Y no sólo interesa al punto ahora debatido, sino que influye también en otros respectos, dependiendo de la determinación del momento en que el contrato es perfecto la del lugar en que éste debe estimarse celebrado, y, por tanto, la de la competencia territorial y la de la ley que debe regir tal relación.

La solución, en abstracto, es muy varia, y múltiples y opuestas son las adoptadas, no ya sólo por la doctrina, sino también por las legislaciones positivas. Trátase, en efecto, de elegir entre los varios momentos de la declaración de aceptación, desde el instante en que ésta se emite hasta que llega a noticia del oferente, el más decisivo en orden a la formación del consentimiento. Puede éste considerarse formado y el contrato concluso en el momento inicial del ciclo, o sea, cuando se emite la declaración de aceptación (*sistema declarativo, Ausserungs theorie, Declarations theorie*) o en el momento en que la declaración de aceptación se hubiera expedido al oferente (*sistema de la expedición Uebermittelungs theorie*), o en el momento en que la declaración de aceptación hubiese sido recibida por el oferente (*sistema de la recepción, Empfangs theorie*), o puede, finalmente, reputarse ne-

(1) El contrato por teléfono, ¿se debe considerar entre presentes o entre ausentes? Cuestión muy discutida que recibe a más de las dos soluciones principales (negativa o afirmativa), otra intermedia reputándose por algunos entre presentes respectivamente al momento de su perfección (no hay un intervalo apreciable de tiempo entre oferta y aceptación o no aceptación, y son por tanto posibles las cuestiones relativas a la revocación de la oferta o de la aceptación), y entre ausentes respectivamente al lugar en que se perfecciona: Meili, *Das Telephonrecht*, Leipzig, 1885; Gabba, *Il telefono e la giurispr.* (*Giorn. d. leggi.*, 1882, páginas 313 y siguientes); Vidari, *I contratti per telefono*, (ib. 1882, páginas 329, 354 y siguientes); Bolaffio, *L'art. 36, c. di c. e i contratti per telefono* (*Arch. Giur.*, XXIX, 1882, páginas 505 y siguientes); Bianchi, *I contratti per telefono*, Bologna, 1888; Norsa, *Il telefono e la legge* (*Atti. Ist. Lom. di Sc. e lett.* XV, páginas 69 y siguientes).

cesario también el conocimiento de la aceptación por el oferente (*sistema de la cognición, Vernehmungstheorie Agmtionstheorie*) (1).

La diversidad de las consecuencias que derivan de la adopción de uno u otro sistema es obvia: la diferencia es profundamente diversa en orden al derecho de revocación de la propuesta o de la aceptación, que podrá ejercitarse en momentos distintos, según que el contrato se considere perfecto en uno u otro instante. Basta, para limitarnos a un ejemplo, considerar que, según el sistema de la declaración, la propuesta no es revocable por el oferente apenas el destinatario la haya aceptado, mientras que en el sistema de la cognición no sólo puede revocarse después que la aceptación haya sido declarada y la declaración expedida al oferente, sino incluso después que éste la hubiere recibido, con tal que no la conozca todavía. A su vez, la aceptación, apenas emitida, no puede ya revocarse, según el primer sistema; lo sería en el segundo, hasta el momento en que el proponente conociese la aceptación.

El sistema preferible, desde el punto de vista abstracto, depende (a más de la posición especulativa o dogmática que se adopte), de la valoración que se haga de las ventajas que implica una rápida y segura conclusión de los negocios jurídicos frente a los inconvenientes de una menos madura determinación de la

(1) La literatura es abundante: entre las monografías conviene citar, Serafini, *Della conclusione dei contratti fra assenti* (*Scritti giur.*); *Il telegrafo in relaz. alle giur. civ. e comm.*, Pavia, 1862; Vidari *Del momento in cui un contratto fra assenti si ha da rituere perfetto* (*Giorn. d. leggi*, I, página 98, IV, pág. 36); Gabba, *Il contratto fra assenti o per corrispondenza* (*Foro. it.*, 1897, páginas 21 y siguientes y en *Quest. di dir. civ.*, II, páginas 166 y siguientes); Scheurl, *Vertragsabschluss inter Abwesenden* (*Sahrbb. f. d. Dogm.*, II, 1858 páginas 248 y siguiente); Köppen, *Der Obligatorische Vertrag unter Abwesenden* (*ib.*, XI, 1871, páginas 139 y siguientes); Schoft, *Der obl. Vertrag unter Abwesenden*, Heidelberg, 1873; Meili, *Das Telegraphenrecht*, Zürich, 1873; Guirad, *Traité des contrats par correspondance*, 1890; Valéry, *Des contrats par corresp.*, París, 1895; Caporali, (*Contr. p. corrip.*, en *Diz. pr. di dir. pr.*). Entre los tratados Windscheid, *Pand.*, II, § 306; Giorgi, *Obblig.*, III, páginas 264 y siguiente; Ferrini, *Obblig.*, páginas 661 y siguiente; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 273; Baudry-Lacantinerie, *Obblig.*, I, páginas 41 y siguientes.

voluntad en los contrayentes. Sin embargo, el que menos responde a las exigencias de la vida práctica, aunque más conforme a las racionales, es el sistema de la declaración, al cual se adhieren pocos; más aceptado es el de la cognición, porque si el consentimiento es no sólo el encuentro de dos voluntades, sino también la *conciencia* del acuerdo recíproco (1), nada parece más esencial a la perfección del vínculo que el que el proponente conozca la voluntad del destinatario de aceptar la oferta. Pero este sistema ofrece también algunos inconvenientes. De aquí la necesidad de sistemas mixtos, doctrinales o legislativos, que derogan o modifican los principios expuestos, y que constituyen otras tantas teorías. Tal es, entre otras, la profesada por Windscheid (2), según la cual basta para obligar al proponente la mera declaración de aceptación del destinatario, y para obligar al aceptante precisa que su declaración haya llegado a conocimiento del oferente. Otra es la que, para resolver las controversias doctrinales y jurisprudenciales que se agitaron en Italia por el silencio del Código civil, adoptó, haciendo su aplicación extensiva a las materias civiles el art. 36 del Código de Comercio.

«El contrato bilateral entre personas lejanas no es perfecto si la aceptación no llega a noticia del proponente en el término por éste establecido o en el necesario para el cambio de la propuesta y de la aceptación, según la cualidad del contrato y los usos generales del comercio. El proponente puede estimar eficaz una aceptación, llegada a él con retardo, con tal que diere inmediato aviso al aceptante.

«Cuando el proponente exige la ejecución inmediata del contrato y no se solicite una respuesta previa de aceptación y por la calidad del contrato no sea necesaria conforme a los usos generales del comercio, el contrato resulta perfecto apenas se comprenda su ejecución.

»En tanto el contrato no sea perfecto, la propuesta y la aceptación son revocables; pero si bien la revocación impide la perfección del contrato si llega a conocimiento de la otra parte

(1) Ferrini, *Obblig.*, pág. 663.

(2) *Pand.*, II, 1, § 306.

luego que ésta comenzó a ejecutar el contrato, el revocante está obligado a resarcir los daños.

»En los contratos unilaterales las promesas son obligatorias apenas lleguen a conocimiento de la parte a quien se hacen.»

Prescindiendo de las particulares cuestiones que este tan extenso artículo puede plantear y de los inconvenientes que algunas de sus normas pueden producir (1), el sistema de nuestro Derecho (2) resulta de la fusión del sistema de la cognición que es aceptado en orden a los contratos bilaterales, con el de la declaración que rige para los unilaterales. En orden a estos últimos basta, en efecto, que la propuesta haya llegado a conocimiento del destinatario; ésta se entiende aceptada por ser racional y conforme a la práctica de la vida que quien ofrece obligarse debe esperar que el promisorio acepte la oferta sin que necesite esperar la confirmación de dicha aceptación (3). Se exige, en cambio, el completo desenvolvimiento cíclico del envío y arribo de la propuesta, y del envío, arribo y conocimiento de la aceptación en los contratos bilaterales, porque siendo en ellos doble y recíproco el vínculo y una obligación causa de la otra, ninguna de las partes resulta obligada sin que la otra a su vez se obligue también.

De qué modo deba manifestarse la voluntad (declaración

(1) Gabba, *Il contratto fra assenti o per corrispondenza*; Scialoja, *Sull.*, artículo 36 del c. comm. (*Studi per Pessina*, III páginas 1 y siguientes); Giorgi, *Obblig.*, III, páginas 302 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, página 273; Carrara, *Formazione dei contratti*, páginas 308 y siguientes.

(2) El Código suizo de las obligaciones adopta el sistema de la expedición: «Si el contrato se celebra entre ausentes, sus efectos comienzan desde el momento en que se expide la declaración de aceptación. Cuando no precise la declaración expresa los efectos del contrato comienzan desde que fué recibida la propuesta». En el sistema de la recepción se inspira el Código civil alemán el cual sienta el principio general (§ 130) de que la declaración de voluntad que debe hacerse a otra persona, estando ésta ausente la obliga desde el momento en que la recibe, y lo aplica con algunas modificaciones a los contratos (§§ 145, 147, 151).

(3) Pero la explicación del párrafo primero del art. 36 del Código de Comercio no es idéntica en la doctrina, que discute sobre el significado atribuido en este artículo a la expresión «contratos unilaterales» y sobre el alcance preciso de la norma. Las opiniones son muy divergentes.

expresa, tácita), qué eficacia debe atribuirse al silencio, cuáles son los vicios de la voluntad y cuáles los efectos de una voluntad viciada por error, dolo o violencia, o declarada imperfectamente o disconforme con la íntima voluntad (simulación, reserva mental, voluntad no seria); si se puede admitir y de qué forma una representación en la declaración de la voluntad; finalmente, si se precisan requisitos de forma y cuáles para su manifestación, son cuestiones que tienen una importancia y una esfera de aplicación más amplias que la de los contratos; su examen corresponde a la doctrina del negocio jurídico en general (vol. I, §§ 26, 27 y 28).

III. *Objeto*.—Todo contrato debe tener un objeto, y si éste falta, aquél carece de valor; es objeto toda prestación consistente en dar, hacer o no hacer, ya sea simple o compleja, ya se realice por una sola de las partes (contratos unilaterales), ya por ambas (bilaterales). Los requisitos que debe tener el objeto fueron estudiados a su debido tiempo; la prestación debe ser posible físicamente (quedan, por tanto, excluidas las cosas que no existen ni pueden existir; no lo están, en cambio, las cosas futuras a no ser que se trate de sucesión no abierta, art. 1.118) y jurídicamente (las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto del contrato, art. 1.116); debe ser lícita, determinada o determinable a base de un criterio establecido ya en el contrato (art. 1.117); debe tener un contenido patrimonial o ser susceptible de una valoración económica; debe representar un interés económico o moral para el acreedor.

Entre las prestaciones de hacer, merecen particular mención dos casos; que se deduzca como objeto del contrato el hecho de un tercero o el propio de los contratantes, los cuales se obligan a estipular un sucesivo contrato.

a) *La promesa del hecho de un tercero*, ya sea éste un *facere*, un *dare* o un *non facere*, es absolutamente lícita cuando el hecho ajeno ofrezca un interés cualquiera para el promisorio (me obligo contractualmente con oficio a que un tercero le venda la propia cosa, a que le nombre su gestor de negocios o a que se abstenga de comerciar en el mismo lugar).

Que tal contrato no obliga al tercero extraño al contrato, es obvio. Dependerá, pues, de su libre voluntad el aceptar o rehu-

sar la obligación asumida por otro en su nombre, el cumplir o no cumplir el contrato. Si lo rehusa, la responsabilidad de quien prometió, surge precisamente de su obligación de garantizar la prestación del tercero; y tal responsabilidad plasma en el deber de resarcir el *id quod interest* al acreedor, el cual, como no tiene acción contra el tercero, no la tiene tampoco contra el deudor para constreñirlo a realizar personalmente (supuesta la posibilidad) el hecho prometido (art. 1.129).

b) Cuando el contrato tenga por objeto la promesa recíproca de estipular otro entre las mismas partes se produce el llamado *contrato preliminar* o *pactum de contrahendo* (1). La función de éste no es otra que el vincular a las partes comprometiéndolas a la conclusión de un futuro contrato que por ahora no se quiere o no se puede estipular; su objeto no es, pues, el propio del contrato que habrá de celebrarse si no la conclusión de éste, o sea un *facere* consistente en asentir o en prestarse a cuanto precise para dar vida al contrato que se promete estipular (por ejemplo, el contrato preliminar de compraventa no es compraventa, sino que obliga únicamente a las partes a celebrar el contrato de compraventa). Ahora bien; como la prestación futura del consentimiento es un acto estrictamente personal, no directamente coercible, de tal promesa nace un crédito a la celebración del contrato y su incumplimiento obliga a resarcir el *id quod interest*; jamás produce los efectos propios del contrato cuya estipulación se prometió en caso de haberse estipulado, ya que la sentencia condenatoria no puede en modo alguno substituir el consentimiento que no se prestó (2).

(1) Degenkolb, *Der Begriff der Vorverträge* (*Arch. G. d. civ. Pr.*, LXXII, 1887, páginas 1 y siguiente); Adler, *Realcontract und Vorvertrag*, 1892; Schlossmann, *Ueber den Vorvertrag* (*Sherig's Jahrb.*, XLV, páginas 1 y siguientes); Göppert, *Zur Lehre von den pacta de contrahendo* (*Krit. Vierteljahresschr.*, XV, páginas 400 y siguiente); Coviello, *Contratti preliminari* (en *Enc. Giur.*); Caporali, *Contr. pret.* (*Diz. pr. di. dir. priv.*); Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 310; Venzi, en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 255 y siguientes.

(2) Véase Faggella, *Riv. dir. comm.*, 1910, VIII, 2, pág. 854; Chiofenda, *Ib.*, 1911, IX, 1, pág. 96; Chironi, *Ib.*, 1911, 2, pág. 663; Ascoli, *Riv. dir. civ.*, II, 1810, pág. 841; III, 1911, pág. 887.

Muy distintos entre sí son el contrato que se celebra para preparar otro y esto otro que es objeto de dicho contrato preparatorio. Deriva de esto que como los efectos del primero no pueden nunca coincidir con los del segundo, así también los requisitos que la ley exija para validez del contrato definitivo no pueden (sin concurrir los mismos motivos) considerarse exigidos para la validez del contrato preliminar, cuya existencia es independiente y cuya validez debe apreciarse según las normas generales de los contratos (1).

(1) La cuestión tiene en la práctica y en ciertos casos gran importancia como ocurre en el contrato preliminar de venta de un inmueble, teniendo en cuenta el precepto del art. 1.314 que prescribe el uso de la forma escrita en las convenciones translativas de la propiedad sobre inmuebles o sobre otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca. Si la promesa bilateral de venta se equipara a una venta perfecta—como hacen algunos autores (Tastufari, *Vendita*, n. 41; Giorgi, *Obblig.*, III, páginas 148 y siguientes), y sostiene una gran parte de nuestras Cortes, si bien ahora comienza a disminuir—es lógico declarar ineficaz el *pactum de contraenda emptione* que no se consigue por escrito si se refiere confundir ambas figuras constituye un error grave; el fin que en la venta persiguen ambas partes es la transmisión de la propiedad de la cosa al comprador, del precio al vendedor; el que persiguen en la promesa de venta es la estipulación de un contrato futuro. No se debe recurrir a los artículos 1.448 y 1.125, según los cuales la venta es perfecta y la propiedad se adquiere en el momento en que se ha convenido sobre la cosa y el precio y que en los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad, ésta se transmite por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; habiéndose, pues, en la promesa de venta formado el acuerdo sobre la cosa y el precio, aquélla operaría sin más el traslado de la propiedad y consiguientemente requeriría forma escrita. El haber concluido las partes un contrato preliminar y no el definitivo, excluye el que hayan querido o podido querer los efectos del definitivo, es decir, el traspaso de la propiedad; y si este traspaso no se ha verificado, con razón se sostiene la inaplicabilidad del art. 314. Véanse en este sentido Ascoli, en *Riv. dir. civ.*, I, 1909, pág. 246; II, 1910, pág. 841; III, 1911, pág. 887; Gabba, en *Giur. it.*, 1903, pág. 29; Bonelli, en *Riv. dir. comm.*, 1904, II, 1: página 98; Bazassi, en *Legge.*, 1905, I, pág. 1.294; Butera, *Ib.*, 1909, I, página 2.224; Degni, en *Riv. dir. comm.*, 1910, VIII, 2, pág. 130; Mosa, *Intorno alla forma della promessa di vendita immobiliare* (*Riv. dir. comm.*, 1915, II, páginas 28 y siguientes); Carnelutti, *In lenc. di promessa di vendita immobiliare* (en *Studi dir. civ.*, páginas 327 y siguientes). No nos parece buen

IV. *Causa*.—La noción de causa se fijó ya en otra parte (volumen I, § 29) con ocasión de exponer la doctrina del negocio jurídico; no hay que repetir ahora por qué la causa constituye un elemento social del contrato. Aquí se deben examinar los principios fundamentales en su aplicación a los contratos.

a) Todo contrato debe tener una causa; si no la tiene es nulo, porque no basta la voluntad abstracta para crear una obligación (art. 1.119). Esto es aplicable a todos los contratos; no lo es por excepción a los contratos abstractos, en los cuales la falta de causa no determina nulidad. La promesa en sí es válida; pero los efectos que produce pueden suprimirse cuando se pruebe la inexistencia de la causa o pueden excepcionarse. La carencia de causa puede ser originaria o sobrevenida: si el contrato surge sin causa es originariamente nulo; si surge con causa y luego ésta cesa, sobreviene la nulidad. En lo demás no hay diferencia alguna entre ambos casos.

b) A la falta de causa se equiparan los casos de falsedad o ilicitud de la misma (art. 1.119).

a) Por causa *falsa* no debe entenderse la causa simulada o la causa errónea. Se da la primera hipótesis cuando se simula una causa para ocultar la verdadera (por ejemplo, me declaro deudor de una suma como precio, para ocultar una deuda por mutuo usurario); y se aplican a ella los principios propios de la simulación que exigen la distinción del acto aparentemente querido del acto disimulado y que implican que aquél pueda ser nulo y éste pueda ser válido y producir eficacia cuando en él concurren los requisitos esenciales. Se da la segunda hipótesis cuando una causa existe, pero hay respecto a ella un error en las partes cuyo consentimiento vicia (por ejemplo, me es entregada una suma en concepto de mutuo y yo la recibo creyendo

argumento para decidir en contrario el que aducen algunos autores: el de que cuando la ley exige una cierta forma para un determinado contrato, se debe entender que dicha exigencia afecta al contrato en sus diversos grados de formación, ya sea en el preparatorio o de promesa, ya en el definitivo de actuación. Siempre será cierto que prometer transferir un derecho real no es transferir.

que se trata de una donación); a este caso se aplican los principios relativos al error.

Falsa es la causa putativa; se supuso existente una causa que en realidad no existía (por ejemplo, prometo pagar una suma en el supuesto que el testamento en que se me instituye heredero me imponga tal legado). Por esto muchos han afirmado que la falsedad de la causa equivale a la falta de ésta; lo cual no es exacto, porque conceptualmente ambas hipótesis son distintas, aunque su efecto sea idéntico.

β) *Ilícita* es aquella causa que, como dice el art. 1.112, es contraria a la ley, a las buenas costumbres y al orden público. La amplitud y elasticidad de la fórmula hace posible remitir al prudente arbitrio del Juez la valoración de los actos humanos en relación a la incesante evolución del espíritu de las leyes y de la conciencia del pueblo, de modo que aquél pueda considerar ilícita toda causa que un determinado momento de dicha evolución pugne con la ley, con la moral o con los supremos principios del derecho inderogables por voluntad de los particulares (1). Así, por ejemplo, las promesas hechas en recompensa de un delito o de una acción inmoral realizada o por realizar; la que se hace para inducir a la mujer a mantener relaciones concubinarias o para que una determinada persona no tome parte en una subasta pública, el pacto de *quota litis*, las cláusulas de concurrencia sin límites de tiempo o de espacio, la venta de una condecoración o de un título académico, etc

c) La ausencia, la falsedad, la ilicitud de la causa, producen la nulidad del contrato. Ello no implica que tal contrato no pueda *sanar* por ningún medio, de modo que para salvarlo no puedan servir la confirmación, la ratificación, el reconocimiento, el cumplimiento voluntario. Cada contrayente puede apelar al vi-

(1) Para una amplia enumeración de los contratos y negocios jurídicos ilícitos, véase Lotmar, *Der immoralische Vertrag, iusbes. nach. geur. Recht.*, Leipzig, 1886; Ferrara, *Teoria del negozio giuridico illecito nel dir. civ. ital.*, Milán, 1902; Zachariae, *Man.*, II, pág. 419, n. 10; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 305, n. n, pág. 308, n. o; Bonfante, en *Riv. dir. comm.*, 1917, II, pág. 231 y en *Scritt. giur.*, III, pág. 104.

cio que afecta al contrato y conseguir liberarse de éste haciendo que el Juez declare su nulidad; el Juez mismo puede, tratándose de causa ilícita, declarar la nulidad de oficio.

Cuando el contrato se hubiera ejecutado y fuera aún posible (en todos los casos en que hubo una atribución patrimonial y que consienten una repetición), puede quien efectuó la prestación repetir contra el accipiente; la acción moderna tiene carácter general, pero reproduce en todo caso, por lo menos en parte, las *condictiones* del Derecho romano, que, como es sabido, admitía la *condictio sine causa*, la *condictio ob falsam causa*, la *condictio ob turpen vel iniustam causam*.

A propósito de la causa ilícita hay que advertir una importante particularidad. En la lucha contra la inmoralidad e ilicitud en general, el orden jurídico utiliza todos los medios a su alcance para castigar los intentos reprobables. Si un contrato fundado en causa ilícita no ha sido todavía ejecutado, una parte no podrá accionar contra la otra para constreñirla a ejecutar el acto ilícito, ni ésta contra aquélla para exigir la compensación que le fué prometida aun cuando hubiere ejecutado el acto a que se obligó. No sólo falta aquí la acción para obtener la ejecución, sino que se otorga una acción para obtener la liberación del vínculo. Cuando el contrato haya sido ejecutado procede, como dijimos ya, la repetición de lo que fué dado: toda prestación realizada a base de una causa torpe o injusta como compensación otorgada al delito o inmoralidad cometidos o futuros, puede ser repetida. Pero cuando se trata de hacer valer la nulidad de la obligación y de negar la acción para obtener la ejecución, no se tiene en cuenta si en dicha ilicitud participó uno u otro de los contrayentes o entrambos, porque se trata de impedir que el negocio jurídico prohibido tenga eficacia; tal distinción se hace cuando se trata de ejercitar la *condictio ob. t. c.* (1); ésta se otorga solamente si la *turpitud* es imputable al accipiente (2)

(1) Los principios sentados a continuación no se hallan escritos en el Código, pero pueden considerarse implícitos en nuestro ordenamiento, el cual los absorbió del Derecho romano, cuyas fuentes cito.

(2) Paulo, fr. 1, D. 12, 5, *Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et si ob reum aut turpem aut honestam: turpem rurem, aut ut dantis*

y se niega cuando es imputable al *solvens* (1) y la razón de la denegación es la indignidad de quien realizó la prestación. La adquisición, aunque fundada en una causa ilícita, subsiste, porque quien obró contra las leyes de la honestidad o contra el orden jurídico, no puede invocar la protección del Juez; juega aquí el principio general, en cuya virtud nadie es admitido a hacer valer una acción o a ejercer un derecho basados en un proceder deshonesto (recuérdense las sentencias *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, *nemo de improbitate sua consequitur actionem*), principio que no podía aplicarse al contrato todavía no ejecutado, ya que hubiera hecho posible el pedir su ejecución y que aplicado al contrato ya ejecutado implica una derogación especial a la norma de la nulidad radical del negocio ilícito. A esta misma solución se llega cuando ambos contrayentes participan en la *turpitudinis* (2); según la máxima tradicional *in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis* la prestación hecha no es repetible y quien la ha recibido la retiene no obstante serle imputable un propósito ilícito (3).

sit turpitudinis non accipientis, aut ut accipientis diuntaxat, non etiam dantis aut ubriusque... Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam si res recuto sit, repeti potest; Ulp., 4, § 2, eod. Quotiens autem solius accipientis turpitudinis versatur, Celsus ait repeti posse: Veluti si tibi declero ne mihi iniuriam facias. Ver además, fr. 3, § 1, 5, pr. § 1, 7, pr. § 1, D. 3, 6; 5, 9, pr. § 1, D. 12, 5; 36, D. 12, 6; 34, D. 16, 3; 5, D. 27, 3; 1, 3, 4, 6, 7, c. 4, 7.

(1) Ver. fr. de Ulpiano, 4, § 3, D. 12, 5, en el que el jurisconsulto se sitúa en un punto de vista muy interesante para juzgar en una sola parte lo torpe del pago hecho a la cortesana. *Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed non a ratione, non ea, quod utriusque turpitudinis versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.* Ver también l. 1, c. Th., 2, 29.

(2) Paulo. fr. 3, D. 12, 5. *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudinis versatur, non posse repeti dicimus: Veluti si pecunia detur, ut male iudicetur, 8 D. cod.: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit possessorem potiore esse et ideo repetitionem cessare; Ulp., 5, § 1, D. 36; *Conditio competit, si sola turpitudinis accipientis versetur: nam si et dantis, melior causa erit possidentis.* Véase además, fr., 3, § 3, D. 3, 6; 2, § 2, 4, pr. § 1, D. 12, 5; 5, pr., D. 12, 7; 9, D. 44, 4; L. 2, 5, c. 4, 7; 8, c. 12, 5.*

(3) Nuestra jurisprudencia y gran parte de la doctrina acogen casi sin

d) Por regla general todo contrato revela una causa; sin embargo, el contrato es válido aunque ésta no aparezca expresa en el título (art. 1.120). El principio distinto del que rigió en Derecho romano (por el cual, dada la fijeza y limitación de los

discusión el principio romano de *in pari causa* considerándolo implícitamente contenido en los principios generales de nuestro Derecho; reposaría éste en el concepto de la tacha de quien realizó la prestación derivada de causa ilícita, que le hace indigno de invocar la asistencia del Juez y de la ley, aunque la misma culpa alcance también al accipiente. Es una pena—se añade—impuesta a quien ha transgredido la moralidad, las buenas costumbres, el orden público; el Estado no puede prestrarle asistencia y el Juez debe denegar la repetición en todo caso, siendo indiferente que el accipiente haya participado o no en el acto ilícito. Sería contrario a los fines éticos a que debe tender siempre el orden jurídico el permitir, concediendo la *condictio*, promover escándalo en los juicios públicos consintiendo que se levante el velo que cubre los hechos torpes ocurridos y quizá olvidados (Lotmar, *ob. cit.*, pág. 60; Ferrara, *ob. cit.*, páginas 289 y siguientes; Kohler, en *Arch. f. bürg. Recht.*, V, páginas 241 y siguientes; Giorgi, *Obblig.*, V, n. 135; Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 215, 336; Aubry y Rau, *Cour.*, VI, § 442 bis, n. 8, etc. Cosa distinta es, si siendo ambos culpables en la ilicitud, el acuerdo inmoral no se ha ejecutado todavía; puesto que aquí se trata de impedir que una atribución patrimonial se verifique a base de una causa torpe o ilícita, es indiferente si uno solo o ambos han violado la ley o la moral, pudiendo invocarse siempre la nulidad del contrato para impedir que surta efectos.

Dicha solución produce perplejidad; se pregunta si satisface a la necesidad de reprimir la ilicitud, el autorizar al *accipiens* a retener la prestación que recibió por causa ilícita cuando se niega al *solvens* la repetición y si para castigar la indignidad de éste no se protege siquiera sea indirectamente la falta de probidad de aquél; si no contrasta con el precepto del art. 1.119 que niega toda eficacia al contrato ilícito, el permitir que el efecto producido mediante la ejecución espontánea, quede en pie e inatacable; si no constituye una cooperación del orden jurídico al mal querido por los particulares, el afirmar que el estado de hecho creado mediante el negocio ilícito deba mantenerse inmutable o si no es ineficaz para la enérgica defensa de la sociedad contra el mal, esta posición negativa que el orden jurídico adopta frente al hecho consumado. Por ello muchos autores (y este es también nuestro parecer), dudan o niegan que el principio de *in pari causa* del Derecho romano sobreviva en el civil italiano y tienden a sustituirlo por el otro que deriva directamente del principio de la nulidad absoluta del contrato ilícito declarada en el artículo 1.119; entendiendo que deban destruirse los efectos ya producidos y

tipos contractuales, eran también determinadas y fijas sus causas, debiendo éstas aparecer en ellos), se explica en el nuevo sistema, en el cual toda convención es contrato y toda causa puede determinar una obligación, a no ser que el derecho la repruebe. La causa puede sobreentenderse y hasta se establece en el Código una presunción en favor de la existencia de la causa en tanto no se pruebe lo contrario (art. 1.121). De lo que resulta una segunda diferencia respecto al Derecho romano: en virtud de esta presunción el acreedor no debe probar la existencia de la causa de su crédito, sino accionar con sólo probar éste. Corresponde al deudor que quiera ser liberado del vínculo, probar la inexistencia o ilicitud de la causa (1).

conceder la repetición, sin perjuicio de recurrir a la confiscación cuando la ley lo autorice. Laurent., *Dr. civ.*, XVI, 164; Colmet de Santerre, *Cours.*, V, 449 bis; Baudry-Lacantinerie, *Obblig.*, I, 316, n. 5; Coviello, *Man.*, I, página 405 y en *Giur. it.*, 1897, 1. pág. 569, 1905, 2, pág. 281.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Requisitos esenciales del contrato.*—El Código civil italiano, en su art. 1.104, enumera: capacidad, consentimiento, objeto y causa.

El art. 1.261 del Código civil español habla sólo del consentimiento, objeto y causa: bien que aquél haya de ser capaz enumerándose las incapacidades en el art. 1.263.

Sin esos requisitos el contrato no existe; no hay contrato, es nulo con nulidad absoluta, radical, inmediata

Sobre inexistencia nada más dice nuestro Código, y es natural porque a nada conduciría la reglamentación de una cosa que no existe, nula absolutamente y *ab origine*.

Estos son, en nuestro Derecho como en el italiano, los requisitos esenciales del contrato de tipo abstracto y general, los comunes a todos los contratos, además de los cuales para ciertos contratos especiales son necesarios y esenciales otros requisitos.

El art. 1.106 del Código italiano sobre incapacidades para prestar consentimiento concuerda con el 1.263 del español: «No pueden prestar consentimiento: 1.º los menores no emancipados. (Han desaparecido las distinciones del antiguo Derecho en mayores de siete, catorce y veinticinco años. Por el art. 13 del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón el soltero mayor de catorce y menor de veinte puede por sí celebrar toda clase de contratos, pero con asistencia del padre o de la madre, que conserve sobre él la autoridad, y, en defecto de ellos, con la de su tutor); 2.º, los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir; 3.º, las mujeres casadas en los casos expresados por la ley».

En cuanto a disposiciones especiales de incapacidad deben consultarse los artículos 59, 60, 61 y siguientes, 160 y siguientes, 199 y siguientes, 213, 262, 314, 320, 1.264, 1.457, 1.458, 1.459 de nuestro Código civil y 4.º, 5.º, 6.º, 11, 12 y 13 del de Comercio.

En cuanto a la *autocontratación* o *contratación consigo mismo* no existe

§ 84.—*Efectos del contrato*

Brugi, Ist. § 58; Pacifici, Ist., IV, pág. 189; Chironi, Ist. II, § 293; Zachariae, Man., II, §§ 326-328; Aubry y Rau, Cours, IV, §§ 343, ter. 346-348; Planiol, Traité, II, números 1.164 1.209, 1.270 y siguientes; Windscheid, Pand., II, 1, §§ 316-319.

Nada mejor expresa la virtud vinculadora de la relación contractual que el parangonar ésta con la ley; así como la ley esta

en nuestro Derecho una prohibición general, como Castán hace notar, pero sí varias prohibiciones especiales: las de los artículos 165, 236, número 2.º, 275, números 3.º y 4.º y 1.459 del Código civil y 266 del de Comercio. El criterio del Tribunal Supremo — añade — parece ser contrario a la admisión de los llamados contratos consigo mismo, por considerarlos faltos de las condiciones que requiere todo contrato. Así la Sentencia de 6 de Marzo de 1909, declara que, «si bien el padre y en su caso la madre, tienen la representación legal de sus hijos menores para la disposición y administración de los bienes de éstos, lo que en ningún caso pueden hacer es contratar con ellos, asumiendo con tal objeto su representación, pues esto implicaría la negación de circunstancia tan esencial cual es la de que en todo contrato concurren dos o más voluntades distintas y autónomas y la de los requisitos todos que informan la existencia de los contratos, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.261 del Código civil». En cambio la Dirección de los Registros en Resolución de 29 de Diciembre de 1922 (relativa a un caso de donación hecha por el padre a unos menores de edad) no excluye en absoluto la posibilidad de la autocontratación, limitándose a proscribirla en aquellos casos que vaya acompañada de contradicción de intereses o peligro de lesión, presente o futura, de los derechos de una de las partes (Castán, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I, 2.ª edic., páginas 92 y 93. Editorial Reus, Madrid, 1926).

En cuanto al sistema de conclusión o perfección del contrato nuestro Código sigue el del conocimiento.

Consecuente con el principio espiritualista en que se inspira el Código, declara en su art. 1.258 que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. Cuando el contrato se celebra entre presentes, no hay dificultad alguna, como dice el maestro Clemente de Diego, pues las dos voluntades de proponente y aceptante se compenetran en un momento indiviso de tiempo entre la proposición y la aceptación, y si bien no es dudoso que aquélla debe llegar a noticia del aceptante para que se decida a aceptar o no, sí es dudoso y se ha discutido mucho sobre si es necesario que la aceptación llegue a conocimiento del oferente para que resulte formado o perfecto el contrato. El art. 1.262 de nuestro Código civil, decide que la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. Y previendo las dudas que habían de surgir respecto del lugar del contrato, decide que, en ese caso, será el lugar donde se hizo la oferta.

Encuétrase otra aplicación del principio en lo dispuesto en el artículo 613. «La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario». (Clemente de Diego, *Curso elemental de Dere-*

blece preceptos universales y coactivos, aquél sienta preceptos coactivos también, aunque particulares, por las partes que se ligaron. Y no otra cosa significa el art. 1.123 del Código civil al afirmar que «los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes»; no quiere decir que el contrato tenga virtud creadora de normas jurídicas, ya que la eficacia obligatoria del acuerdo presupone la existencia de una ley que la reconozca (1). Ni es otra cosa que una consecuencia lógica necesaria de la coactiva obligatoriedad del vínculo, el principio declarado en dicho artículo, según el cual «no pueden revocarse los

cho civil español, común y foral, t. IV, páginas 263-65. Suárez, Madrid, 1919).

Objeto. - Ha de ser *real o posible*. No pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles (art. 1.272). Pueden serlo las cosas futuras (art. 1.271, apar. 1.^o). La herencia futura no puede ser objeto de otro pacto que el de partición que puede hacer el testador con sus herederos (artículos 1.271, apar. 2.^o y 1.056).

Las cosas han de estar en el comercio de los hombres (art. 1.271, apartado 1.^o); los servicios no han de ser contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1.271, apar. 3.^o).

«El objeto del contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes» (art. 1.273).

Causa. - Nuestros tratadistas hacen notar la obscuridad existente en torno a este elemento del contrato. La independencia de este requisito con respecto a otros elementos del contrato, muéstrase de modo borroso y equívoco. En la doctrina general existe sobre él una bibliografía copiosa. Nuestro Código lo mantiene. No da de él un concepto genérico, pero lo aplica a las distintas categorías de contratos. Véase el art. 1.274: «En los contratos *onerosos* se entiende por causa, para cada contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los *remuneratorios*, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de *pura beneficencia*, la mera liberalidad del bienhechor».

La causa ha de existir (art. 1.275). Mientras el deudor no pruebe lo contrario se presume que existe la causa (art. 1.277).

Ha de ser verdadera «La expresión de una causa falsa en los contratos, dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita» (art. 1.276).

Ha de ser lícita. La causa ilícita que es la opuesta a las leyes o a la moral produce la inexistencia del contrato (art. 1.275). Mientras no se pruebe lo contrario se presume la licitud de la causa (art. 1.277).

(1) Por esto, si el Juez interpreta erróneamente una cláusula contractual, la sentencia no da lugar al recurso de casación, que se admite sólo en los casos de infracción o de falsa interpretación de la ley. Cosa distinta ocurre si en la valoración o interpretación de los hechos hay *desfiguración*; se discute si ésta puede dar lugar a casación.

contratos más que por consentimiento mutuo o por causas previstas en la ley».

La fórmula general «causas previstas en la ley» comprende aquellas que son comunes a todos los contratos o especiales a algunas figuras. El término final, la condición resolutoria, la sobrevenida imposibilidad de la prestación, la revocación por causa de ingratitud o por superveniencia de hijos en la donación (artículos 1.078 y siguientes), la muerte de uno de los contrayentes en ciertos contratos como los de arrendamiento de obra (art. 1.642), la sociedad (art. 1.729), etc., son ejemplos de estas causas que la ley reconoce. Entre ellas reclaman una especial consideración el mutuo disenso, la condición resolutoria tácita, la cláusula *rebus sic stantibus*.

a) *Mutuo disenso* es el acuerdo de los mismos contrayentes para resolver el contrato que les liga. La misma voluntad que pudo crear el vínculo puede también resolverlo *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo coligatum est*; puede afirmarse con Ulpiano (fr. 35 D. 50, 17), quien se refería a la forma en que se desenvuelve el consentimiento contrario: «*ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*». En otros términos, se trata de un verdadero y propio contrato cuyo contenido es precisamente lo inverso de la constitución del vínculo obligatorio: como tal contrato entra en la categoría de los contratos liberatorios y en la misma definición que del contrato se da en el artículo 1.098. Ahora bien, si la voluntad apta para producir la resolución debe ser semejante a aquella que creó el vínculo, o sea un acuerdo de voluntades, se deduce lógicamente que una sola voluntad no bastaría a producir tal efecto; el *desistimiento unilateral* del contrato en cuanto que colocaría al obligado en la posibilidad de desligarse arbitrariamente del vínculo, no es eficaz para resolverlo sino en casos excepcionales como, por ejemplo, el del mandato que es revocable a voluntad del mandante (artículo 1.758) o la sociedad de duración ilimitada (artículo 1.733).

b) *Condición resolutoria tácita*.—Un derecho de desistimiento se concede por vía general en todos los contratos sinalag-

sinalagmáticos, por efecto de la condición resolutoria tácita (1). El principio básico es una razón de equidad y deriva del derecho consuetudinario francés que a través de las doctrinas de Pothier es consagrado en el art. 1.184 del Código de Napoleón, pasando luego al nuestro (art. 1.165). Este principio es el de que cuando ambos contrayentes estén recíprocamente obligados, pueda cada uno de ellos cuando el otro no cumple su obligación, optar libremente por una de estas dos soluciones: o constreñir a la otra parte a realizar la prestación o pedir la resolución del vínculo. Era usual en Francia, en los países en donde regía el derecho consuetudinario, el que en los contratos sinalagmáticos las partes insertasen una cláusula especial (*pacto comisorio*) con la que se preveía el caso de incumplimiento y se pactaba que la otra parte pudiese más bien que optar por la ejecución, solicitar del Juez la resolución del vínculo, y que tan corriente esta práctica, que en definitiva aun no insertándose tal cláusula, fué sobreentendida en todos los contratos bilaterales.

No ocurrió lo mismo en los países de derecho escrito, que adoptaron los principios romanos, según los cuales para solicitar la resolución por incumplimiento se exigía que se estipulase expresamente el pacto comisorio. No hay identidad ni nexo histórico entre la institución moderna de la condición resolutoria tácita y la disciplina romana de los contratos innominados, en los cuales, como es sabido, a quien realizaba la propia prestación se concedía una doble acción, la *a praescriptis verbis*, para constreñir a la otra parte a cumplir la prestación que le incumbe o una *condictio* para repetir la prestación realizada; sólo que de la prestación realizada por el primero surgía la obligación para

(1) Gallavresi, *La condizione risolutiva tacita sottintesa nei contratti bilaterali*, 2.^a ed., Milán; Caporali, *La cond. ris. tacita nel Dir. civ.*, Florencia, 1885; *Cond. ris. tac. (Dir. prat. di Dir. priv.)*, y el óptimo tratado de Cromé, *Obblig.*, § 16. Véanse también *Della c. d. cond. ris. sottintesa del art. 1.165 in rapporto alla teoria generei contratti (Riv. Dir. civ., IV, 1912, páginas 145 y siguientes)*, el cual ve en la resolubilidad del contrato por incumplimiento de la otra parte una consecuencia de la desaparición de la causa. Fadda, *Ancora sulla risoluzione del contratto per inadempimento (Riv. Dir. comm., 1920, I, páginas 519 y siguientes)*.

el segundo que no preexistía a aquélla, pudiendo extinguirse al retirar la prestación realizada. Tampoco hay relación entre la institución de que hablamos y la *exceptio non adimpleti contractus* que cada contrayente puede oponer al adversario que exija la contraprestación sin haber cumplido u ofrecido la suya; ya que mientras ésta constituye una mera defensa con función dilatoria, la condición resolutoria tácita se hace valer mediante una acción conduciendo a la resolución del vínculo contractual, o sea a su destrucción (1).

Finalmente, no debe confundirse la condición resolutoria *tácita* con la *expresa*: la primera no es una verdadera y propia condición a pesar de que el legislador al hablar de ella a propósito de las obligaciones condicionales, evidencia una intención de considerarla como una de tantas condiciones que pueden insertarse en los contratos. La diferencia más clara consiste en la distinta eficacia que una y otra despliegan: la condición expresa opera *ipso iure*, esto es, resuelve de pleno derecho la relación contractual sin necesidad de declaración alguna del Juez; la tácita confiere una mera facultad de demandar la resolución al Juez, que puede no pronunciarla cuando reconociendo posible y satisfactoria la prestación, estime preferible otorgar una dilación a quien no la cumplió. Así el art. 1.165, dice: «La condición resolutoria es siempre sobreentendida en los contratos bilaterales en el caso en que una de las partes no cumpla su obligación. En tal hipótesis el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte a quien no fué hecha la prestación, podrá optar entre exigir el cumplimiento del contrato de la otra parte cuando esto sea posible o su resolución con el resarcimiento de daños en ambos casos. La resolución del contrato debe demandarse

(1) Sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, véase André, *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages*, 1890; Petersen, *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages*, 1900; Saleilles, en *Ann. de Dr. comm.*, 1893; Tartufari, en *Riv. Dir. comm.*, 1906, II, páginas 306 y siguientes, y la completa monografía de G. Scaduto, *L'exceptio non adimpleti contractus nel Dir. civ. it.* (en *Annali del Sem. giur. Univ. Palermo*), VIII, 1921, y las obras en ella citadas.

judicialmente y puede concederse al demandado una dilación según las circunstancias».

De que se excluya la eficacia *ipso iure* no se deduce que la resolución no opere retroactivamente en este caso como ocurre en toda otra hipótesis de contrato sujeto a condición resolutoria expresa (artículos 1.158, 1.170); su eficacia trasciende a los derechos adquiridos por los terceros que se resuelven con el derecho de aquel de quien derivan y también a todos los actos de disposición por éste realizados, salvo las limitaciones que en orden a esta eficacia impone el requisito de la transcripción para los inmuebles (art. 1.511) y respetando los actos de administración realizados en la cosa objeto del contrato. La diferencia sustancial a este respecto consiste, en que mientras la condición resolutoria expresa opere como revocación real, la tácita, opere como revocación obligatoria.

Las normas que disciplinan el ejercicio de la acción en resolución son: la no necesidad de una previa constitución en mora de quien no cumple la obligación porque éste debe prever el efecto legal del propio incumplimiento conforme al principio *inadimplenti non est adimplendum* (1); su inaplicabilidad a los contratos que no sean bilaterales (2); su libre ejercicio en sustitución de la acción para exigir el cumplimiento aun cuando ésta se hubiere intentado siempre que no hubiere recaído sentencia, porque sólo ésta (y no la mera demanda judicial) es oclusiva y consume el derecho de elección que otorga la ley entre ambos remedios, lo cual puede decirse también de la acción para exigir el cumplimiento que puede ejercitarse no obstante haberse promovido la resolutoria (3).

(1) Sobre este principio, véase Lessona, *Legittimità della massima inadimplenti non est adimplendum* (Riv. Dir. comm., 1918, I, páginas 383 y siguientes).

(2) Sobre los límites de aplicación de la condición resolutoria tácita y sobre su extensión más allá de los confines de los contratos bilaterales y hasta del Derecho contractual, véase Crome, op. cit., pág. 181; Manenti, art. cit., pág. 145.

(3) Sobre este punto, y especialmente sobre la facultad del deudor de prestar tardíamente luego de haber sido demandada la resolución,

c) *Cláusula rebus sic stantibus*.—La doctrina, y más aún la práctica forense de los siglos medioevales, desarrollaron un principio nuevo o casi nuevo en materia contractual, el de que en los contratos a largo término y con sucesivas prestaciones periódicas (*contractus qui habent tractum successivum* como por ejemplo, los suministros que suponen entrega continuada y periódica de mercancías) debía considerarse sobreentendida siempre la cláusula *rebus sic stantibus*; de modo que siempre que se verificase posteriormente una mutación más o menos profunda en el estado de hecho existente o previsto por los contrayentes en el momento del acuerdo pudiese el obligado invocar la resolución del contrato por ser éste excesivamente gravoso para él. Los compiladores del Código francés y del nuestro ignoraron esta cláusula que ni siquiera mencionan y la doctrina la olvidó; modernamente la institución ha sido revisada de nuevo (1). Y el principio en que se apoya enlazado con la doctrina de la causa o con la de la presuposición merece ser tenido en cuenta por considerar el aspecto económico de la relación contractual y por tender a atenuar la férrea aspereza de la obligatoriedad coactiva del vínculo en todos aquellos casos en que las sucesivas modifi-

véase Galizia, *Sulla c. d. cond. ris. tacita in materia civ. e comm.* (*Dir. comm.*, 1911, 2, páginas 852 y siguientes); Abello, *Dell'esecuzione tardiva in relax. alla tacita risolubilità dei contratti* (*Dir. e Giur.*, 1916, I, páginas 207 y siguientes); Pestalozza, *Ritardo e risoluzione del contratto* (*Riv. Dir. comm.*, 1920, II, páginas 320 y siguientes).

(1) Plaff, *Die clausel rebus sic stantibus in der Doctrin und der Osterr Gesetzgebung* (*Festschrift f. Unger*, 1898); Barsanti, *Risolubilità dei contratti a lungo termine pel successivo mutamento dello stato di fatto* (*Arch. Giur.*, N. S., IV, 1899, páginas 3 y siguientes); Fritze, *Clausola reb. sic st.* (*Arch. f. bürg Recht*, XVII, 1900, páginas 20 y siguientes); Bindewald, *Rechtsgeschichtliche Darstellung der clausola reb. sic st.*, Leipzig, 1901; Kaufmann, *Die clausola reb. sic st.*, Heitelberg, 1907; Stahl, *Die sog. clausola reb. sic st. in B. G. B.*, Neustadt, 1909; Osti, *La c. d. clausola rebus sic st. nel suo sviluppo storico* (*Riv. Dir. civ.*, IV, 1912, páginas 1 y siguientes), este último muy interesante para conocer el empleo de la cláusula en los antiguos autores italianos. Del mismo modo *Appunti per una teoria della soprawenienza* (*Riv. Dir. civ.*, V, 1913, páginas 471, 647 y siguientes), también Cogliolo, *La clausola rebus sic st. e la teoria dei presupposti* (*Scritti sari*, I, páginas 417 y siguientes).

caciones del estado de hecho hagan el vínculo excesivamente oneroso para el deudor.

Si hay que estimar o no contenido en nuestro Derecho, tal principio es una cuestión muy dudosa, y las dudas crecieron en los últimos tiempos debido a un tímido reconocimiento que del mismo ha comenzado a hacer la jurisprudencia. No son aplicaciones particulares de dicho principio las que señalan como tales en los artículos 1.078, 1.560, 1.816, 1.860 y otros, porque dichos artículos no se refieren en modo alguno a los contratos de tracto sucesivo. Pero el principio puede y debe estimarse implícito en nuestro ordenamiento más que por la tradición (rota por la codificación), por virtud de los supremos principios de la equidad que exigen un cierto equilibrio económico entre la prestación y la contraprestación y que no consienten la ilimitada depauperación de una parte en beneficio de la otra por excesiva sujeción al principio de la obligatoriedad del contrato. La dificultad estriba en la fijación de los límites dentro de los cuales hay ese desequilibrio o desproporción entre las respectivas prestaciones de los contrayentes o en establecer que dicho desequilibrio deriva de circunstancias sobrevenidas o de mutaciones no previsibles; debe evitarse que el ejercicio del derecho a la resolución del vínculo se efectúe de modo abusivo o haga vana la fe que los contrayentes deben poner en la obligatoriedad del contrato. Tales apreciaciones sólo pueden confiarse al iluminado arbitrio del Juez.

Los efectos particulares de los contratos se derivan de la especial naturaleza de cada uno de ellos y del concreto contenido de la voluntad de los contrayentes. Serán unas veces, la constitución de un vínculo entre las partes, la transmisión de la propiedad o de otro derecho real, la disolución de un vínculo preexistente, la modificación de una relación jurídica o varios de éstos a la vez, según que el contrato sea meramente obligatorio, real, liberatorio, etc. Y no sólo se producen los efectos previstos y expresamente queridos, sino también aquellos otros «que según la equidad, el uso o la ley derivan del contrato» (art. 1.124), por lo que estos últimos deben reputarse virtualmente comprendidos en la voluntad contractual, sólo una explícita intención

contraria los eludiría con la condición de que tal intención fuese lícita y no contradijese la función esencial y la naturaleza de aquel determinado contrato. Es en efecto un principio general el de que los contratos deban ejecutarse de buena fe (art. 1.124), lo que implica una cierta elasticidad en la apreciación del Juez.

Suele decirse que entre los efectos, deben distinguirse los que se producen entre las partes de aquellos otros que repercuten en los terceros.

Pero tal enunciación no responde exactamente a la verdad, ya que parece dar a entender que con relación a los terceros puedan producirse efectos favorables o desfavorables derivados directamente de un contrato estipulado entre otros. Especialmente con relación al contrato obligatorio esto no es cierto, porque solamente las partes resultan por él vinculadas o adquieren en su virtud un crédito. Y partes son los contrayentes, sus herederos o sucesores a título particular que subentrando en el *universum jus* del difunto o en la especial relación jurídica constituida por el contrato, asumen la misma posición que el autor; sólo una expresa voluntad contraria puede limitar los efectos a la persona del contrayente (art. 1.127) cuando esta limitación no derive de la naturaleza misma del contrato que crea un vínculo estrictamente personal (art. cit.), como ocurre, por ejemplo, en el mandato (art. 1.757), en la sociedad (art. 1.729) o en el arrendamiento de obra (art. 1.642).

La convención estipulada por los contrayentes no favorece ni perjudica a los terceros (art. 1.130); nadie puede vincular a un tercero extraño a la relación o vincularse a este tercero. Ya se vió en lugar oportuno el valor que debe asignarse a la convención por la que se promete el hecho de un tercero. Solamente constituye una excepción—excepción que origina muchas dificultades dogmáticas—el caso que de un contrato derive un derecho en favor de tercero. Y sobre esto conviene detenerse un poco.

Contratos en favor de terceros (1).—El art. 1.128 del Código

(1) Busch, *Doctrin und Praxis über die Gultigkeit von verträgen zu Gunsten Dritter*, Heidelberg, 1860; Bähr, *Die sog. verträge zu G. Dr.*

civil reproduce casi sin modificaciones los artículos 1.119 y 1.120 del Código francés y dispone: «Nadie puede estipular en su propio nombre, si no es para sí mismo». Sin embargo, todos pueden estipular en provecho de tercero cuando esto constituya condición de una estipulación para sí o de una donación hecha a otro. Quien hizo esta estipulación no puede luego revocarla si el tercero declara que quiere aprovecharse de ella.

Ello, como se ve, entraña un principio general—la nulidad de las estipulaciones hechas en nombre propio y en favor de tercero—y restricciones a tal principio. Ahora bien, ¿cuáles son las causas y fundamentos de uno y otras? Puesto que el sistema actual deriva directamente a través de la doctrina de Pothier del Derecho romano, conviene primeramente recordar que este último consideraba nula toda estipulación en que alguno se hubiese hecho prometer de la otra parte una prestación en favor de tercero. El tercero que no tuvo participación en el contrato, no podía fundar en éste una pretensión contra el promitente precisamente por no haber tomado parte en dicho contrato, tampoco el estipulante podía fundamentarla ya que la prestación no le fué prometida a él sino al tercero. El principio dicho dado especialmente para la estipulación (*alteri stipulari nemo potest*) y aplica-

(*dahröb f. d. Dogm.*, VI, 1862, páginas 131 y siguientes; *Arch. f. die civ. Pr.*, LXVII, páginas 157 y siguientes); Unger, *Die verträge zu G. Dr.*, (ib., X, 1869, páginas 1 y siguientes); Gareis, *Die verträge zu G. Dr.*, Würzburg, 1873; Regelsberger, *Ueber die verträge zu G. Dr.* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXVII, 1884, páginas 1 y siguientes); Danz, *Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die verträge zu G. Dr.*, Leipzig, 1886; Gümörty, *Der vertrag zu G. Dr.*, Zurich, 1890; Ehrenzweig, *Die sog. zweigliedrigen verträge*, Wien, 1895; Eisele Zu, *Beiträge zur röm. Rechtsgesch.*, 1896, páginas 76 y siguientes; Hellwig, *Die verträge auf Leistung an Dritte*, Leipzig, 1899; Lacroix, *La stipulation pour autrui*, París, 1905; Tartufari, *I contratti a favore di terzi*, Verona, 1889; Pacchioni, *I contratti a favore di terzi sec. il Dir. rom. e civ.*, Innsbruck, 1898; Torino 1912; *I contratti a favore di terzi e la rappresentanza* (*Riv. Dir. comm.*, 1911, IX, páginas 85 y siguientes); Ricca-Barberis, *Il contratto per altri* (en *Atti. R. Acc.*, Torino, LII, 1902, páginas 223 y siguientes); Giorene, *Negoz. giur. rispetto ai terzi*, 2.^a ed., páginas 92-208. En cuanto a tratados, Windscheid, *Pand.*, II, 1, § 316 a; Ferrini, *Oblig.*, páginas 704 y siguientes; Venzi en *Pacifici Ist.*, IV, páginas 291 y siguientes.

do a todos los contratos (1) tenía como fundamento el concepto (corrientísimo en la sociedad romana) del poder exclusivo de la voluntad individual en orden a la regulación de las relaciones jurídicas de la persona, concepto que por hacer a cada persona árbitro de sus cosas conducía a declarar ineficaces los contratos que una persona no hubiese concluído por sí mismo o mediante personas sujetas a su potestad. Pero el vigor de la prohibición de los contratos en favor de terceros que se mantuvo inalterado en el Derecho clásico, se vino suavizando en el justiniano con la introducción de algunas excepciones; y no sólo se reputó válido el contrato cuando el estipulante tuviese un interés propio en la prestación en favor de tercero o la ejecución de ésta se asegurase mediante cláusula penal, sino que se advirtió también su validez en otros casos particulares como el de la constitución de la dote por el ascendiente con el pacto de restituirle a la hija o a los nacidos de ésta (fr. 45. D. 24. 3; l. 7. c. 5. 14), del depósito o comodato de cosa ajena con pacto de su restitución al propietario (l. 8. c. 3. 42), de la donación con la carga impuesta al donatario de hacer una prestación en favor de tercero (l. 3. c. 8. 54) y algunos otros.

No obstante estas derogaciones, el dogma de la nulidad del contrato en favor de terceros subsistió y pasó al Derecho medieval y desde éste, mediante una tradición casi ininterrumpida, al Código francés y al nuestro. En estos Códigos la misma fórmula legislativa que expresa, tal prohibición da a entender que no alcanza a los casos en que alguien contrata en favor de otro, pero *no en su propio nombre sino en nombre ajeno*. Son éstos los casos en que el estipulante asume la representación del tercero (mandato, preposición, representación legal) o gestiona los negocios

(1) Cfr. § 19, *Inst.*, 3, 19: *Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi. Obligationes ad hoc, ut unusquisque, sibi adquirat quod sua interest: ceterum si alii detur nihil interest stipulatoris*; Gayo III 103: *Praterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulamur cuius iuri subiecti non sumus*; Paulo, fr. 11, D. 44, 7: *Quaecumque gerimuse cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium vumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere sendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.*

de éste (*negotium gestio*) en que la relación surge directamente entre el tercero representado y promitente mediante un representante. El haber confundido frecuentemente el campo de los contratos en favor de tercero con el de la representación o de la *negotiorum gestio* ha contribuido a intrincar lo doctrina correspondiente.

El dogma es tan categórico como en Derecho romano y la nulidad que establece absoluta. De un contrato estipulado en favor de tercero y en nombre propio no deriva acción alguna al tercero que fué extraño al contrato; tampoco al estipulante porque falta en éste todo interés en que se realice la prestación. De esto precisamente resulta la primera y más general limitación a la prohibición: ésta cesa siempre que el estipulante, tenga un interés en que la prestación se efectúe y en que se efectúe en favor de tercero. No es suficiente un interés cualquiera puramente ideal o moral; precisa un interés económico y puede bastar a crearlo la adición de una cláusula penal con la que el promitente se obliga a una pena frente al estipulante en el caso de incumplimiento con relación a tercero (prometes arrendar a Ticio un predio tuyo y en caso de incumplimiento a pagarme 100 liras).

Las excepciones que respecto al principio de nulidad establece el párrafo primero del art. 1.128 pueden reducirse a tres tipos, según: 1), que la estipulación en favor de tercero constituya una condición de la estipulación hecha para sí; por ejemplo, me hago prometer de Ticio que venderá el predio a un tercero y que en caso de no venderlo me pagará 100 liras; 2), que la estipulación en favor de tercero sea *modus* de una estipulación hecha para sí: por ejemplo, si yo permuto mi predio por tu casa imponiéndote la carga de que des paso por aquél a un tercero; 3), que sea *modus* de una donación hecha a otros; te hago donación de mis bienes de Túsculo con la carga de tener que distribuir anualmente una cierta cantidad de grano entre los pobres del lugar.

De este modo, a la palabra «condición» empleada en el artículo se atribuye un doble significado de *condicio* en sentido técnico en el primer caso (estipulación hecha para sí) y de *modus* en esta

misma hipótesis y en la siguiente (donación hecha a otros). Pero sobre esta interpretación de la palabra y sobre el valor de excepción de tales casos, surgen vivas discusiones entre civilistas italianos y franceses, creyendo alguno que la palabra condición empleada en el artículo sólo puede tener el significado de *modus* y estimando otros que los casos en él previstos no constituyen verdaderas y propias excepciones a la regla, porque en ellas no falte la participación del tercero en el contrato, ya que se exige que el tercero declare que se quiere aprovechar de él.

Cualquiera que sea la opinión que se sustente, forzoso será admitir que además de estos casos hay otras excepciones al principio de la nulidad; y sin esfuerzo se deben admitir, dada la reserva que con las palabras «salvo en los casos previstos en la ley» hace el art. 1.130 respecto a la norma según la cual el contrato *como res inter alios acta* no aprovecha ni perjudica a tercero. Son principalmente estos casos: a), el contrato de transporte (Código civil, artículos 1.629 y siguientes; Código de Comercio, artículos 388 y siguientes), en el cual de la convención celebrada entre el remitente y el porteador deriva un derecho al destinatario; derecho a exigir del porteador la entrega de las cosas expedidas o de disponer de éstas de otro modo cualquiera, y, en general, la facultad de ejercitar todos aquellos derechos que derivan del contrato de transporte con las acciones de indemnización en su caso cuando las cosas arriben al punto de destino o después del día en que debieron haber arribado, siempre que el remitente no haya ejercitado antes estos derechos (1); b), el contrato de seguro de vida en favor de tercero (Código de Comercio, artículos 449, 453), en el que, de la convención celebrada entre quien asegura la vida propia o la de un tercero por una suma y la Compañía aseguradora, el tercero adquiere un crédito contra esta última pudiendo al vencer el término percibir la

(1) Manara, *Il destinatario nel contratto di trasporto* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, VI, 1888, páginas 1 y siguientes; *Riv. Dir. civ.*, 1909, páginas 207 y siguientes); Pacchioni, *Il diritto del destinatario nel contratto di trasporto* (*Riv. Dir. comm.*, 1908, VI, 1, páginas 574 y siguientes; 1909, VII, 2, páginas 119 y siguientes); Manenti, *La stipulazione a favore del terzo e il contratto di trasporto* (*Riv. Dir. civ.*, I, 1909, páginas 297 y siguientes).

suma, siempre que el estipulante no hubiere anteriormente revocado el beneficio (1); c), la constitución de renta vitalicia en favor de un tercero (Código civil, art. 1.794), en el que el constituyente entrega el precio y el tercero beneficiario obtiene el derecho sin haber participado en el contrato.

En qué momento y por qué causa adquiere derecho el tercero, es objeto de vivas disputas. El tema es muy interesante por estar relacionado con la teoría toda de los contratos en favor de tercero y con el modo de armonizar los casos vistos con la prohibición de *stipulari alteri*. Un sector doctrinal estima que la causa de la adquisición radica en el contrato mismo estipulado entre los otros, de modo que desde este momento (de estipulación) el tercero es titular del derecho independientemente de su declaración de voluntad, adhesión o aceptación; que si bien la ley habla de aceptación de tercero, no es en el sentido de hacer depender de ésta su adquisición (ya que de este modo implicando la aceptación una participación del tercero en el contrato, éste no sería extraño al tercero, el cual debería ser considerado como un contrayente), sino en el sentido de hacerlo definitivo e irrevocable para el estipulante por efecto de la aceptación. Otra teoría interpreta el precepto del art. 1.128 («quien hizo esta estipulación no podrá revocarla si el tercero declaró su voluntad de aprovecharse de ella») como tendente a establecer un nuevo requisito para la eficacia del *contrahere alteri* y concibe el contrato como una oferta al tercero, exigiendo la aceptación de éste para que pueda adquirir el crédito, negando que con anterioridad a dicha aceptación pueda el tercero considerarse como titular de un derecho cualquiera a no ser de una mera expectativa.

Más conforme a la letra y al espíritu del art. 1.128 nos pare-

(1) Navarrini, *L'assicurazione sulla vita a favore di terzi*, 2.^a ed., Turín, 1912, y en *Riv. Dir. civ.*, 1912, pág. 648; Manenti, *Il contratto di assicurazione sulla vita con designazione di un terzo beneficiario* (*Riv. Dir. civ.*, I, 1909, páginas 589 y siguientes); Pacchioni, *La commorienza del beneficiario e dell'assicurato e i diritti dei rispettivi eredi* (*ib.*, IV, 1912, páginas 187 y siguientes); *Ancora sul contratto di assicurazione di vita a favore dei terzi* (*Foro it.*, 1914, I, páginas 302 y siguientes); *La Lumia Sulla commorienza del beneficiario, etc.* (*Riv. Dir. comm.*, 1914, II, pág. 168).

ce la doctrina que exige para que se verifique la adquisición, la declaración del tercero de querer aprovecharse de la estipulación celebrada en su ventaja. Pero esto no quiere significar que el contrato deja por ello de ser un contrato en favor de tercero; la declaración del tercero vale simplemente como acto de apropiación de la ventaja que los contrayentes quisieron atribuirle y que no podría entrar en su patrimonio sin una determinación de su voluntad (1). No de otro modo parece deba resolverse la otra cuestión relativa a la necesidad de esta declaración o aceptación en los tres casos recordados, a saber: del contrato de transporte, de renta vitalicia y de seguros, si bien las correspondientes normas no la exigen expresamente como hace el art. 1.128 es indudable que la aceptación constituye en los indicados casos un momento esencial para la adquisición en favor de tercero. Es superfluo añadir que precisamente porque no se prescribe forma alguna para tal aceptación ni se ordena que ésta adopte una determinada dirección (hacia el estipulante o hacia el promitente), puede efectuarse con respecto a uno u otro expresa o tácitamente.

La más reciente doctrina civilista tiende a ampliar las aplicaciones concretas del contrato en favor de terceros y a reconocerlo válido, incluso fuera de los límites rigurosos fijados por la ley; se invoca en su apoyo el principio de la autonomía de la voluntad, la cual puede perseguir la atribución de una ventaja al tercero extraño al contrato y se recurre para dar mayor fuerza a esta opinión al hecho de que el Código civil alemán la suscriba (2). Pero esta tendencia especialmente si conduce a restrin-

(1) Se discute sobre la verdadera naturaleza de la declaración del tercero, que algunos consideran como una *condicio iuris* de la perfección de su derecho y otros como la confirmación del contrato celebrado en su favor; Tartufari, *ob. cit.*, pág. 358; Pacchioni, *Il contr. a fav. di terzi*, página 198; Giovane, *Neg. giur.*, pág. 120; Asquini, *Riv. Dir. comm.*, 1919, I, pág. 722. Se discute también si la declaración del tercero está sujeta a condiciones de forma o tiempo; Pacchioni, *Riv. Dir. comm.*, 1919, I, página 481.

(2) El Código civil alemán, construyendo una teoría general del contrato en favor de tercero (§§ 328-335), ha robustecido la energía y la auto-

gir o suprimir la prohibición de la estipulación para otro, es sin duda alguna contraria a la ley vigente que reconoce carácter excepcional a los casos en que se reconoce válido el contrato en favor de tercero; tal opinión podrá valer solamente como aspiración a una regulación más libre y nueva de este fenómeno.

A la disciplina que regula los efectos siguen en el Código algunas normas relativas a la interpretación de los contratos (artículos 1.131-1.139), cuya formulación deriva en gran parte de los textos romanos. Ya dijimos que estas normas obligaban al Juez al contraponerlas a las referentes a la interpretación de las leyes. Hay que notar que como quiera que contienen criterios para la interpretación de la voluntad de los particulares su esfera de aplicación es más amplia que la de los contratos, se aplican siempre que haya una declaración de voluntad por interpretar y consiguientemente a todos los negocios jurídicos, limitándose a los contratos solamente cuando exclusivamente para éstos se hubieren dictado (1).

nomía de la voluntad de las partes. Será ésta decisiva si la adquisición del tercero se opera inmediatamente sin necesidad de declaración. Cuando falte un precepto deciden las circunstancias y el fin del contrato la cuestión relativa a si el tercero adquiere el derecho, si lo adquiere inmediatamente o dados ciertos supuestos, si los terceros se han reservado la facultad de revocar o modificar el derecho del tercero sin necesidad del consentimiento de éste. Pero esto ha sido objeto de vivas críticas. El artículo 112 del Código suizo de las obligaciones tiene una orientación semejante.

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—Los efectos generales de los contratos están expuestos en los artículos 1.091, 1.258, 1.257 y 1.259 del Código civil español, cuyo contenido sustancialmente coincide con el de los del Código civil italiano citados en el texto. Los efectos especiales se estudiarán a continuación cuando se exponga el contenido de cada uno de los contratos particulares.

El primero de los efectos del contrato es generar un vínculo de derecho que tiene fuerza de ley entre los contratantes y a cuyo tenor debe cumplirse (art. 1.091). Sin embargo, por regla general, las partes que lo constituyeron, pueden, por mutuo acuerdo, variarlo y apartarse de él. Excepcionalmente resulta invariable el contrato por prohibición de la ley; así en el contrato de matrimonio civil. También excepcionalmente puede alterarse por voluntad de uno solo de los interesados, que puede disolver el vínculo en contratos especiales, como ocurre con los contratos de sociedad y mandato. También puede una de las partes contratantes revocar el contrato en los bilaterales cuando la otra no cumpliero lo

que le incumbe (art. 1.124) y cuando existe lesión en los casos en que la ley lo permite.

El contrato obliga no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1.258), ya que debe presumirse que los interesados, al querer el contrato, quisieron también todas las consecuencias que, aun no expresadas, se deriven de la naturaleza del contrato y sean conformes a la equidad, a los usos y a la ley.

También en nuestro Código civil es acogido el principio *res inter alios acta*: los contratos—dice el art. 1.257—sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza o por pacto o por disposición de la ley.

En cuanto al principio del Derecho de Roma de que nadie puede estipular en pro de tercero *nemo alteri stipulari potest*, resulta limitado en nuestro Código civil en los términos del párrafo segundo del artículo 1.257: «si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada». El maestro Clemente de Diego (*Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, tomo 4.º, pág. 249. Madrid, Suárez, 1919) hace notar, comentando este artículo, que sólo prevé la hipótesis de que el contrato contenga alguna estipulación en provecho de tercero. «¿Quiere esto decir—añade—que para que valga éste es menester que sea objeto secundario del contrato y como una derivación del interés y ventaja concomitantes, que ha de ofrecer el contrato para el contratante? ¿No valdrá el contrato en pro de otro cuando su objeto sea únicamente el interés de tercero? Recuérdese que el contrato hecho a nombre de otro sin tener su representación es nulo, a no ser que lo ratifique el tercero antes de ser revocado (art. 1.259)». A juicio de este eminente profesor español es más explícita la posición que adopta frente a este problema el Código italiano,

CAPITULO XXII

Los contratos en particular

§ 85. — *Tipos y clasificaciones*

Filomusi, *Enc.* § 74; Brugi, *Ist.* §§ 64, 67; Zachariae, *Man.* II, § 321; Aubry y Rau, *Cours*, IV, § 341; Planiol, *Traité*, II, núm. 1.352 bis.

En la infinita variedad de los contratos que puede generar la libre voluntad de las partes, hay algunos que por su frecuencia, por responder a repetidas necesidades, han cristalizado en tipos que tienen una especial denominación y que son objeto de una regulación también especial. Los más son comunes al Derecho antiguo y al moderno y objeto de una disciplina, si no idéntica a la del Derecho romano, indudablemente consecuencia de la evolución de aquél. Otros son creación moderna y producto de nuevas y complejas relaciones sociales ignoradas o en germen en las sociedades antiguas; tales, por ejemplo, los contratos de trabajo, de empleo, de edición, de suscripción, de seguro de vida o contra los riesgos de incendio, granizo, hurto, accidente, el contrato de suscripción periodística, de suministro de electricidad, de gas, etc. De estos últimos, los más esperan una regulación legal por ser insuficientes las normas que se aplican por analogía a las que existen para otras figuras legislativamente reguladas. Los tipos contractuales que el Código contempla son solamente los tipos tradicionales de venta, permuta, arrendamiento, sociedad, mutuo, etc.; y si otros tipos están regulados por el Código de Comercio, con ello no resulta colmada la laguna de la vigente legislación, laguna que en orden a ciertos contratos, como, por ejemplo, el de trabajo, crea trastornos y dificultades en la vida y en la práctica judicial.

Distintos son los modos con que los autores agrupan los contratos especiales regulados por el Código. Algunos recurren a una u otra de las distinciones que hicimos relativamente al contrato abstractamente concebido. Por ejemplo, se dividen todos en las dos categorías de contratos bilaterales (contratos de matrimonio, venta, permuta, enfiteusis, arrendamiento, sociedad, transacción y compromiso, constitución de renta), y unilaterales (mandato, comodato, mutuo, depósito, prenda, anticresis, donación); o en las de gratuitos (donación, mandato, depósito, mutuo, comodato), y onerosos (permuta, venta, mutuo con interés, arrendamiento); a las que se añade una tercera especie constituída por los contratos de garantía (prenda, fianza). Los más se fijan en elementos intrínsecos y substanciales que no consisten en la bilateralidad o unilateralidad, ni en la gratuidad u onerosidad de la prestación; se fijan, ya en una especial característica del objeto de la prestación, ya en el fin a que se dirige el vínculo contractual. Pero también en este caso la variedad de criterios y una cierta arbitrariedad en la elección puede dar lugar a muy diversas agrupaciones.

Así, por ejemplo, Planiol (1) los agrupa según que el objeto de la prestación sea una *cosa* con o sin contraprestación (transmisión definitiva de ella: donación, venta, permuta, sociedad; uso temporal de la misma: comodato, arrendamiento de cosa, mutuo), o un *trabajo* gratuito o retribuido (mandato, arrendamiento de obras y servicios, sociedad), o, finalmente, un *derecho* en función de enajenación (donación, venta, cesión de derechos), o en función de garantía (prenda), o de renuncia (remisión de deuda, transacción). Otros, como, por ejemplo, Giorgi (2), fijándose en el objeto, los clasifica en cinco categorías (traslativos de propiedad, traslativos de uso, dirigidos a un *facere*, comunes, de garantía) con criterio bastante menos perspicuo que el de Planiol.

Teniendo en cuenta el fin que persiguen, al grupo de los que se proponen efectuar un *cambio* (venta, permuta, arrendamiento

(1) *Traité*, II, núm. 1.352 bis; también «Classification syntetique des contrats» (*Rev. Crit.*, XXX, 1904, páginas 470 y siguientes).

(2) *Obblig.*, III, pág. 39.

de cosas, de obra, de trabajo) puede oponerse el de los que tienden a una *restitución* (mutuo, comodato, depósito, prenda); pero como estas dos categorías no agotan toda la serie, hay que añadir de una parte la donación, la sociedad, el mandato; de otra los contratos aleatorios (juego, apuesta, seguro de renta vitalicia) y los contratos de comprobación jurídica (reconocimiento, transacción, compromiso, juramento decisivo) (1).

Mayor valor científico, por ser más orgánica y rigurosa, ofrece la clasificación acogida por Filomusi (2) basada en la propuesta por Kant y por Trendelenburg. Puesto que el contenido del contrato puede ser una donación (adquisición unilateral), una adquisición bilateral o una garantía, y teniendo en cuenta que en tales categorías no puede incluirse la sociedad y la transacción, y puesto que los contratos de garantía constituyen un orden no independiente sino accesorio, los divide todos en contratos *independientes* y contratos *accesorios*, subdividiendo los primeros en cuatro grupos según que tengan por objeto una donación en sentido lato, un cambio, prestaciones comunes que tengan un fin económico común o la declaración de un derecho incierto. Son, pues, *independientes* y *gratuitos* la donación de propiedades, utilidades, derechos (donación en sentido estricto), la donación de uso (mutuo, gratuito, comodato), o de servicio de custodia (depósito), o el cumplimiento de un encargo (mandato), *independientes* y *de permuta*, cambio de mercancía por mercancía (permuta en sentido técnico), de mercancía por dinero (venta), de uso por dinero (*locatio rei*), de trabajo por dinero (*locatio operarum*), de uso de cosas fungibles por otras cosas fungibles (mutuo con interés), de cosa por prestación periódica (constitución de renta), de obligación por obligación con ganancia o ventaja inciertas (contratos aleatorios); *independientes* y *de sociedad*: los diferentes contratos de sociedad civil y mercantil universal y particular; *independientes* y *de comprobación*: transacción. *Accesorios*: los diferentes contratos de garantía (prenda, hipoteca, fianza).

(1) Windscheid. *Pand.*, II, 2, §§ 362-418.

(2) *Enc. Giur.*, § 74, pág. 352.

No faltan, sin embargo, autores que consideran estas clasificaciones como un deporte académico y renuncian a ellas por la imposibilidad de encerrar en categorías lógicas homogéneas las multiformes figuras que en la práctica puede ofrecer el contrato. Pero esta posición nos parece injustificada. Si las tentativas hechas no son plenamente satisfactorias, ello evidencia la ardua dificultad de la empresa, pero no su imposibilidad.

En la exposición que sigue se prescinde de toda clasificación. La limitamos a los principales contratos que el Código civil regula expresamente; quedan excluidos los de enfiteusis, prenda e hipoteca, con relación a los cuales es suficiente lo dicho al estudiar los derechos reales. (Vol. I, §§ 61, 63, 64). Se omite también el de matrimonio, cuyo estudio pertenece al derecho de familia (1).

§ 86.— *Compraventa*

Brugi, *Ist.*, § 65 (I b); Pacifici, *Ist.*, V, pág. 1; Chironi, *Ist.*, II, §§ 320-328, 367; Zachariae, *Man.*, II, §§ 329-339; Aubry y Rau., *Cours*, V, §§ 349-358; Planiol, *Traité*, II, páginas 1.353 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, §§ 385-397 (2).

De los diferentes contratos que tienen por objeto un cambio,

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Algunos Códigos como el francés y el argentino presentan una clasificación de los contratos en su articulado; no así el Código civil español que la omite, como la generalidad de los Códigos, por ser una cuestión puramente teórica. Sin embargo, de algunos artículos de nuestro Código civil pueden deducirse bases de distintas clasificaciones de los contratos así: del 1.124 la de bilaterales y unilaterales; del 1.274 la de onerosos, remuneratorios y a título gratuito; de los artículos 1.254, 1.270 y 1.278 la de consensuales y reales; de la rúbrica del tít. XII del lib. IV — contratos aleatorios — se deduce que hay otros que no lo son: los conmutativos y de los epígrafes de títulos del Código civil así los de los títulos III al XV del lib. IV en relación con la regla consignada en el art. 1.255 se refiere que hay unos contratos nominados y otros innominados.

(2) Para el Derecho romano y común: Freitschke, *Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Wadrenhandel*, 2.^a ed., 1888; Bechmann, *Der kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1878-84; para el Derecho civil francés e italiano: Troplong, *De la vente*, París, 1834; Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, 3.^a ed., París, 1902-4; Beudcont, *La vente et le louage*, París, 1908; Pacifici-Mazzoni, *Trattato della vendita*, Firenze, 1901-2; Cuturi, *Vendita cessione e permuta*, Napoli, 1891 (en la colec. *Il Dir. civ. it.*, de Fiore); Gasca, *Tratt. della compravendita*, 2.^a ed., Tori-

el más frecuente en la vida cotidiana y uno de los más importantes por la abundancia de las normas que lo regulan, es la compraventa. Esta consiste en el cambio de una cosa por dinero; satisface una de las más elementales y esenciales necesidades de la vida y constituye una de las más corrientes causas de adquisición, por vía derivativa, de la propiedad y de todo otro derecho. No es venta solamente aquella en que se da un cuerpo a cambio de un precio; toda cosa, incluso las incorporeales, todo derecho en general susceptible de transmisión, es decir, comerciable, puede cambiarse por una suma de dinero y ser objeto de compraventa. Ya vemos que ésta era también la causa que justificaba la cesión de los derechos de crédito (*cessio venditionis causa*).

Tres son, como en el Derecho romano, sus elementos fundamentales: cosa, precio y consentimiento; se añade también un cuarto relativo a la forma que en la venta inmobiliaria deberá ser escrita. Pero la estructura de la compraventa moderna difiere profundamente de la estructura de la romana. Aplicable a ambas es el principio de que la venta es perfecta inmediatamente que las partes consienten en la cosa y el precio y que su función común no es otra que proporcionar a una parte (comprador) el goce y la libre disponibilidad de la cosa, y a la otra (vendedor) la compensación de dinero. En el Derecho romano la compraventa realizaba esta función por vía diversa que en el moderno.

La compraventa romana era un contrato meramente obligatorio, ya que en su virtud no se operaba la transmisión de la propiedad al comprador, siendo preciso para que esto se efectuase, añadir uno cualquiera de los medios idóneos para operar la transmisión dominical (*traditio mancipatio*, etc.). Podían las partes querer la consecución de este fin y actuarse el traspaso del dominio sin más, empleando la forma adecuada, o se podía también asegurar al comprador el futuro traspaso, obligándose el vendedor en el contrato a transmitir la propiedad; y nada me-

no, 1915; Tendi, *Tratt. teorico-pratico della compravendita*, Firenze 1906 Respecto a la venta mercantil, Tartufari, *Della vendita*, 1900; Pipia, *Compravendita commerciale*, Torino, 1902; Ramella, *La vendita nel diritto moderno*, Milano, 1920.

por que la transmisión del dominio realizaba el fin que la venta perseguía (1). Pero por su naturaleza la venta no era traslativa de la propiedad y ni siquiera surgía de ella una obligación en el vendedor de transmitirla; sólo generaba en el vendedor la obligación de *tradere la vacua possessio* de la cosa y la de procurar al comprador el *habere licere* asegurándole la libre disponibilidad de hecho (2). La no transmisión de la propiedad era consecuencia del principio de su intransmisibilidad por el mero consentimiento. En cambio este efecto de la compraventa, hacía tan singular el contrato, que en muchos casos resultaba enigmático el determinar las reglas relativas al *periculum* y al *commodum rei venditae* (3).

La compraventa moderna es en cambio un contrato con eficacia real, es decir, esencialmente traslativa de la propiedad, ya que sólo precisa el acuerdo para que el comprador adquiera la propiedad de la cosa (artículos 1.125, 1.448). A esta eficacia real se añade siempre una eficacia y un contenido obligatorios en cuanto que (prescindiendo de la obligación del comprador de pagar el precio) determina una serie de obligaciones en el vendedor que tienen por objeto prestaciones diversas (entrega, custodia, garantía de evicción, garantía por vicios ocultos) constitutivas de una prestación única compleja; lo que queda fuera es precisamente la obligación relativa a la transmisión de la propiedad porque el traspaso se operó en el momento de perfección del contrato. De este modo al operarse natural e inmediatamente la transmisión de la propiedad en el momento de perfeccionarse el contrato por efecto del moderno principio que proclama suficiente para operarla, el nudo consentimiento, se convierte dicha transmisión en una consecuencia natural y esencial de la

(1) Ferrini, *Pand.*, § 549, pág. 685.

(2) Ulpiano, fr. 11, § 2, D. 19, 1: «Et in primis ipsam rem proestare venditorem oportet, id est tradere»; fr. 25, § 1, D. 18, 1: «Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulanti spondit»; Africano, fr. 30, § 1, D. 19, 1: «Quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat».

(3) Bonfante, *Ist. Dir. rom.*, pág. 416.

compraventa moderna. La física disponibilidad que el Derecho romano reputaba necesaria para que se produjera el resultado querido en la compraventa, es sustituida en el derecho moderno por la disponibilidad jurídica; y ni siquiera la voluntad de las partes pueden impedirla mediante un pacto que excluya este efecto (la adquisición del dominio) sin desnaturalizar la relación.

El análisis de los tres requisitos fundamentales evidenciará, cómo sobre este nuevo concepto se apoya la moderna noción de la compraventa y cómo aun admitiéndose desviaciones y deformaciones, se consideran éstas no como derogaciones del principio de la transmisión dominical, sino de la transmisión *inmediata* que puede ser normal (por ejemplo, en la venta *ad mensuram*, o en la venta con reserva de dominio) o no ser contrato de venta propiamente tal (por ejemplo, promesa bilateral de venta). Y facilitará la apreciación de este principio en su justo valor la definición que da de la venta el art. 1.447 del Código civil, «un contrato por el que una de las partes (vendedor) se obliga a dar una cosa, y la otra (comprador) a pagar su precio».

a) *Consentimiento*.—Si la venta es perfecta entre las partes en el momento en que éstas convienen en la cosa y el precio y la convención por sí sola produce el efecto de la inmediata adquisición de la propiedad por el comprador aunque no se haya efectuado aún la tradición de la cosa ni el pago del precio (artículo 1.448), es indispensable que el acuerdo se dé no sólo sobre la cosa y el precio, sino también sobre el objeto principal del negocio o sea la transmisión de la propiedad y que los contrayentes tengan, a más de la capacidad general de obrar, la capacidad especial de vender y comprar respectivamente.

Capaces de vender y comprar son todos aquellos a quienes la ley no se lo prohíbe (art. 1.456) y así como hay personas que no pueden vender ni comprar (por ejemplo, algunos cuerpos morales), hay también algunas incapaces de vender por efecto de una incapacidad de enajenar general o especial (por ejemplo, el deudor con relación a los inmuebles que son objeto de un embargo transcrito), otras incapaces de comprar por efecto de una incapacidad de obligarse o por efecto de una especial relación

entre comprador y vendedor (patria potestad, tutela, curatela, administración de establecimientos públicos) que la ley protege, excluyendo toda posibilidad de abusos por colisión de intereses (artículos 1.457, 1.458).

La voluntad de los contrayentes debe dirigirse respectivamente a transferir y a adquirir la propiedad de la cosa, y como normalmente a esto tiende el acuerdo apenas recae en la cosa y en el precio sin que precise una expresa declaración, suele decirse que basta el mero consentimiento sobre la cosa y el precio para que haya venta y se produzca el efecto real de ésta. Lo cierto es que dicha voluntad puede faltar, o aun existiendo, tender a modificar el efecto normal de la compraventa, aplazando la adquisición para un momento ulterior; si falta, habrá un contrato distinto del de compraventa (promesa de venta); si existe esta voluntad pero se aplaza la adquisición, se producirá un tipo especial de venta (venta con reserva de dominio).

α) *Promesa de venta.*—El Código francés (art. 1.589) y siguiendo a éste algunos Códigos italianos anteriores (albertino, artículo 1.595, Código estense, art. 1.474, Código napolitano, artículo 1.434), resolviendo una vieja cuestión, declararon que la promesa de venta equivale a la venta cuando haya consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y el precio. Con esto (por lo menos según la opinión más común) se equiparaba la *promesa bilateral de venta* (promesa de vender y promesa de comprar recíprocamente aceptadas) al contrato de compraventa, de la citada promesa bilateral se distinguen la *promesa unilateral* de comprar o de vender (que se reducen a una sola policitación sin que haya obligación del promitente) y la *promesa aceptada* de comprar o de vender (cuando la aceptación del promisorio vincula al promitente a comprar o vender, pero sólo genera una obligación *ex uno latere*). Pero se reconoció que se hacía violencia a la voluntad de las partes cuando resultaba evidente que éstas al prometer comprar y vender, querían excluir los efectos de la compraventa actual. Faltando una norma análoga en el Código civil italiano y aplicando lo ya dicho en otra parte de este volumen con ocasión de los contratos preliminares, se debe distinguir netamente de la compraventa la promesa bilateral de ven-

ta, cuyo objeto es la futura estipulación de un contrato de compraventa, cuyos efectos no pueden nunca coincidir con los de la venta.

De dicha promesa no deriva, en efecto, ni transmisión de la propiedad, ni obligación del vendedor de entregar la cosa, ni del comprador de pagar el precio; uno y otro están obligados únicamente a prestar en el futuro su consentimiento para concluir la venta (cuyos restantes elementos, la cosa y el precio, se hallan ya determinados); y de esto se deduce que como quiera que la prestación debida recíprocamente es un *facere* de carácter estrictamente personal (1), la sentencia condenatoria del Juez no puede en caso de incumplimiento sustituir al consentimiento de las partes, es decir, no puede producir la adquisición de la propiedad, limitándose solamente a declarar la responsabilidad por el *id quod interest* en quien no cumplió su obligación (2). La objeción que algunos hacen diciendo que por ex-

(1) Mossa, *Intorno alla forma della promessa di vendita immobiliare* (*Riv. Dir. comm.*, 1915, II, pág. 28), que es partidario de la equivalencia entre promesa de renta y venta, procura mediante una aguda construcción evitar el obstáculo, que deriva precisamente de la naturaleza positiva (hacer cooperar) de la prestación prometida, admitiendo en el promitente una mera obligación de no querer una cosa, de omitir una voluntad contraria a la ya manifestada; de aquí la eficacia definitiva de la promesa y la inutilidad de una nueva manifestación del consentimiento. Creo que la tesis, aunque aguda, es muy forzada.

(2) Prevalece la doctrina italiana, si bien con alguna discordancia, respecto a la incoercibilidad de la promesa por obra del Juez: Gabba, *Nuove questioni di Dir. civ.*, 1905, páginas 141 y siguientes; Barassi, *Sulla promessa bilaterale di compravendita* («Legge», 1905, pág. 1.294); Butera, *Contrib. alla dottrina della promessa di vendita immobiliare* (ib., 1909, página 2.26); Faggella, *L'autonomia della volontà nei negozi giur. bilaterali e la coazione giur.* (*Rivista Dir. comm.*, 1916, II, pág. 851); Venzi, en *Pacifici Ist.*, V, pág. 138, n. c.; Degni en Bandry-Lacantinerie, *Vendita e permuta*, pág. 1.023. Con obstinada uniformidad se han pronunciado nuestras Cortes por la equiparación de la promesa bilateral de venta y el contrato de compraventa. Alguna sentencia, sin embargo, se desvía de la dirección común, sosteniendo la diferencia de ambos negocios (Cas. Nápoles, 10 de Mayo de 1919, *Dir. e Giur.*, 1919, pág. 201); la misma Corte, 13 de Mayo de 1919, *Foro it., Rep.*, 1929, n. 50; Ap. Turín, 15 de Octubre

presa disposición del art. 1.448 la venta es perfecta entre las partes y la propiedad se adquiere por el comprador en seguida que se conviene sobre la cosa y el precio, olvida el tercer elemento constitutivo de la compraventa sobre el cual debe también recaer el consentimiento, o sea la voluntad en uno de transmitir la propiedad, en el otro de adquirirla, voluntad que aquí falta; y peor aún, se confunde una cuestión de principios con una mera cuestión de hecho o de interpretación de la voluntad, si se añade que «la promesa de vender y comprar» no es sino un modo de manifestar el consentimiento de comprar y vender (1).

β) *Venta con reserva de dominio*.—Un pacto por el que el vendedor se reservase ilimitadamente la propiedad en la cosa, haría nula la venta, ya que contrastaría con el fin propio de ésta; y ello no sólo en el derecho actual, en el que la adquisición del dominio es un efecto natural del contrato, sino también en el Derecho romano (en el que el vendedor se obligaba solamente a prestar el *habere licere*), que consideraba como opuesto al fin económico del negocio el impedir perpetuamente que se verifique la adquisición de la propiedad. No se opone, en cambio, a la esencia del contrato de venta ni a las normas que lo rigen el pacto en cuya virtud el vendedor se reserva la propiedad de la cosa hasta el completo pago del precio; pacto este muy frecuente en la actualidad, especialmente en ciertas ventas, como las de máquinas e instrumentos de trabajo, en las que se conviene el pago periódico de fracciones del precio y en las que la adquisición de la propiedad por el comprador se aplaza hasta el momento en que se haya pagado la última fracción del precio, otorgándose al vendedor, mediante la posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria, una más enérgica y rápida tutela de sus

de 1919, *Riv. Dir. comm.*, 1919, II, pág. 252. Ultimamente la suprema magistratura se ha pronunciado también en favor de la diversidad entre ambos negocios, acogiendo la tesis defendida por la doctrina (Cas. Roma, Sec. uní., 28 de Noviembre de 1921; *Foro it.*, 1912, I, pág. 97).

(1) Así, por ejemplo, *Pacifici Ist.*, V, pág. 13, y también algunas de nuestras Cortes.

derechos (1). La opinión contraria (2), que declara nulo dicho pacto como opuesto al precepto del art. 1.448, se apoya en el error de que para el derecho vigente sea un efecto necesario de la venta la transmisión *inmediata* de la propiedad y que se oponga a la esencia de este contrato todo acuerdo que tenga por objeto aplazar la adquisición a un momento posterior. Como por la naturaleza misma de la relación contractual este efecto se aplaza necesariamente en ciertas ventas especiales (venta genérica, venta mercantil de cosa ajena, venta alternativa, en las que no hay traspaso del dominio antes de que resulte determinada la especie o adquirida por el vendedor la cosa prometida o concretado el objeto por la elección), nada impide a la libre voluntad de las partes el modificar sin excluir el efecto natural de la compraventa simple (3). Esto no transforma el acto de transmisorio en meramente obligatorio; porque el dominio reservado *donec pretium solvatur* se traspasará al comprador en el instante en que éste pague la última fracción del precio sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del vendedor (4). Y no precisa tampoco atribuir a la obligación de *dar* la cosa, que se

(1) Ascoli, *La riserva di proprietà nella vendita* (St per Moriani, II, páginas 193 y siguientes, y en *Foro it.*, 1912, páginas 214 y siguientes; en *Riv. Dir. civ.*, IV, 1912, páginas 59, 577 y siguientes); Ferrara, *La vendita per acconti e il pactum reservati domini* (*Foro it.*, 1911, páginas 494 y siguientes); Pagani, *Sulla riserva di proprietà nella vendita* (*Dir. comm.*, 1911, I, páginas 437 y siguientes); Bonelli, *Sulla riserva di proprietà nella vendita* (*Riv. Dir. comm.*, 1910, II, pág. 586); Cogliolo, *La validità del patto retenti domini* (*Scritti vari.* 1914, páginas 425 y siguientes); Venzi, en *Pacifici Ist.*, V, páginas 135 y siguientes; Degni eu Bandry-Lacantinerie, *Vendita e permuta*, pág. 1.055, etc.

(2) Mantenido principalmente por Bonelli, *Della clausola reservativa di dominio nella vendita* (*Riv. Dir. comm.*, 1904, I, páginas 98 y siguientes; *ib.*, 1912, I, páginas 1, 492 y siguientes), y seguida por Gianturco, *Lessulla compraventa* Napoli, 1905, pág. 172.

(3) La posibilidad de esta venta está expresamente admitida por el Código civil alemán, § 455.

(4) Otro argumento contra la validez de este pacto se extrae de las normas que rigen la institución de la quiebra, en la que al vendedor de máquinas que no ha percibido el precio es otorgado un privilegio especial en garantía de su crédito (Código de Comercio, 773, núm. 3). Se de-

menciona en la definición legal de la venta (art. 1.447), un valor distinto del corriente que, como es sabido, es el de entregar, porque la propiedad pasó al comprador ya. Lo que evidencia que esta especie es diversa de la promesa bilateral de venta, en la que la transmisión no puede operarse sin un nuevo consentimiento de las partes (1).

γ) *Venta con pactum additionis in diem y con pactum praelationis.*—Distintas de las anteriores, en cuanto la transmisión de la propiedad se opera inmediatamente, son la venta con el pacto de *addictio in diem* y la venta con pacto de *prelación*. Mediante el primero se confiere al vendedor la facultad de rescindir y el derecho de resolver la venta, si dentro de un cierto plazo es ofrecido un mayor precio; de modo que la venta será definitiva en el caso de que no se haya hecho oferta superior en el tiempo fijado. Con el segundo se le otorga el derecho de ser preferido en igualdad de condiciones a cualquiera otro cuando el comprador quisiera vender la cosa de nuevo (2).

duce de ello que se trata de un medio otorgado por la ley al vendedor para proteger a éste frente a la insolvencia del comprador, y que, por esto, quien recurriera al expediente de la reserva del dominio defraudaría a los demás acreedores del concurso, ignorantes del pacto, mientras que el privilegio es conocido de todos mediante.

Pero aparte la consideración de que el art. 773 se refiere únicamente a las ventas de máquinas y de que la venta con reserva de dominio tiene una esfera de aplicación ilimitada, no puede decirse que el vendedor defraude a los demás acreedores, sino que se protege y elige para su garantía un medio distinto del que el legislador le otorgó expresamente.

(1) Se refiere a problema distinto, y será causa de providencia judicial (el Juez podrá intervenir reprimiendo la posible usura que entrañe el negocio contra lo preceptuado en nuestro ordenamiento) el hecho de que bajo tal acuerdo se oculte un negocio usurario, como cuando se convenga, por ejemplo, que si no se satisface una de las fracciones del precio, las pagadas queden a beneficio del vendedor, que retendría el precio y la propiedad de la cosa, o cuando la venta se oculte con el disfraz de un contrato de arrendamiento, cuya merced vendría a estar constituida por las fracciones del precio. Fubini, *Sulla natura giuridica di talune vendite a credito* (Mon. Trib., 1907, pág. 161).

(2) El Código no regula expresamente el pacto de prelación. Lo regula, en cambio, casuísticamente el Código civil alemán (§§ 504 y siguientes), según el que el derecho de prelación puede ejercitarse inmediata-

δ) *Venta con pacto de retroventa.*—Mucho más importante por su más compleja construcción teórica es el pacto de retracto (1) que el Código regula de un modo expreso (artículos 1.515, 1.528). Vivamente combatido en el momento de la codificación (2) y estimado por muchos, institución peligrosa, por la multitud de litigios que fácilmente puede originar (3), el retracto convencional es un pacto agregado a la venta, en cuya virtud el vendedor se reserva la facultad de readquirir la cosa vendida mediante la restitución del precio y el reembolso de los gastos y pagos legítimos hechos con ocasión de la venta, por reparaciones necesarias y por aquéllas que aumentaron el valor de la

mente que el comprador haya concluido la venta con un tercero, excluyendo de este modo la posibilidad de que antes de la conclusión de la venta pretenda el titular del derecho de preferencia sustituir al tercero. Hecha la declaración por el vendedor titular del derecho de preferencia, éste se considera sin más sustituido al comprador en el contrato de venta; sin embargo, el pacto tiene una eficacia meramente obligatoria.

En nuestro Derecho, el derecho de prelación carece de naturaleza y eficacia reales. Fuera del Código hay ejemplos de prelación *legal* en algunas leyes especiales; por ejemplo, la prelación otorgada en favor del Estado, el cual, a virtud de la ley de 20 de Junio de 1909, núm. 364, tiene un derecho de preferencia en las ventas que el particular haga de objetos de arte o de antigüedades, pudiendo ejercitar tal derecho dentro de los dos meses siguientes a la denuncia de la venta; análoga es la prelación concedida (excepcionalmente por efecto de la crisis de la vivienda) por el Decreto-ley de 9 de Julio de 1923, núm. 1.476 (art. 2.º), al inquilino de una casa o de una tienda en la venta que el propietario arrendador haga de su inmueble; prelación que deberá ejercitarse en el plazo de un mes, a contar de la fecha de la notificación. Pero mientras en el caso de objetos de arte o antigüedades la prelación tiene eficacia real, en este segundo caso tiene una eficacia meramente obligatoria, como declara el artículo 3.º del citado Decreto-ley.

(1) Bonelli, *Il diritto di riscatto nella compravendita e le condizioni del suo esercizio* (Foro it., 1895, I, páginas 592 y siguientes); Stella, *Il patto di riscatto nella compravendita*, Catania, 1894; Brunetti, *Del riscatto convenzionale nella compravendita*, Torino, 1892; Piola, *Patto di riscatto* (en Dig. it.).

(2) *Relaz. Senat.*, en Gianzana, I, pág. 319.

(3) Zachariae-Crome, *Man. di Dir. civ.*, II, pág. 497, núm. 22: «El ejercicio del derecho de retracto empeña casi siempre a las partes en un litigio»; Coviello en *Giur. it.*, 1895, I, pág. 593.

cosa por todo el importe del aumento de valor (artículos 1.515 y 1.528). Se trata, por tanto, de una condición resolutoria potestativa cuyo cumplimiento se remite al libre arbitrio del vendedor y que produce la resolución de la venta y el retorno de la propiedad de la cosa al vendedor sin necesidad de una especial declaración del comprador e incluso contra la voluntad de éste. Lo cual lo diferencia del *pactum de retrovendendo* que si bien obliga al comprador a revender, careciendo como carece de eficacia real, no sería por sí sólo suficiente sin una nueva declaración de voluntad del comprador, para hacer readquirir al vendedor el dominio de la cosa. La fórmula tradicional con que se expresa el concepto de retracto se enuncia *est potius distractus quam novus contractus*, y revela que ni siquiera en el momento en que el pacto se ejecuta con reembolso del precio y de las sumas accesorias, se puede hablar de nueva venta o de reventa. Hay pues que rechazar la pretensión de algún autor aislado (1), de que el pacto constituya una promesa unilateral de vender, hecha por el comprador y aceptada por el vendedor. La situación que el pacto crea entre las partes es la de una adquisición de propiedad resoluble en favor del vendedor, adquisición que no es irrevocable sino en el momento en que haya transcurrido el término, dentro del cual podía ejercitarse el derecho de retracto o cuando el vendedor haya renunciado a este derecho (2).

No se opone a este concepto el que la resolución a veces se verifique en favor de persona distinta del vendedor como en el caso en que éste hubiere enajenado su derecho a otro, o en aquél en que varias personas hubieren vendido conjuntamente la cosa cosa común y una sola ejercite el retracto.

En el primer caso de la libre alienabilidad del derecho de retracto (que es un derecho patrimonial como otro cualquiera), deriva la consecuencia de que el adquirente del mismo, subrogándose en el lugar del vendedor, se convierte en titular de la propiedad eventual o sujeta a condición suspensiva que correspon-

(1) Así Bonelli en el escrito antes citado.

(2) Ello demuestra cómo intrínsecamente difiere esta venta de la venta con reserva de dominio, ya que en la venta con retracto el dominio pasa inmediatamente al comprador, si bien con el carácter de resoluble.

día al vendedor y que con el retracto hubiera penetrado en el patrimonio de éste. La facultad y la obligación concedida e impuesta al vendedor de la cosa común de rescatar la cosa integrante, es consecuencia de la protección dispensada al vendedor. En efecto, en el caso de la cosa común, vendida por sus copropietarios conjuntamente, mediante un solo contrato (y lo mismo debe decirse del de los herederos del vendedor propietario único), debe cada uno poder ejercitar el retracto por la parte que le correspondía (artículos 1.523, 1.524). Pero el interés del comprador en conservar toda la cosa y no una parte solamente o en retrocederla toda, imponía esta limitación del rescate o retracto parcial que con estricto rigor podría cada uno ejercitar independientemente de los demás; por esta razón los varios vendedores pueden concertarse para efectuar el retracto del todo, si bien puede uno de ellos rescatar el todo cuando los demás rehusan (artículo 1.525). Este puede explicarse dogmáticamente concibiendo como transmitido al retractante *ope legis* por una renuncia tácita el derecho correspondiente a los demás (1).

Aplicable a la venta mobiliaria y a la inmobiliaria, el pacto de retroventa como generador de un estado de incertidumbre respecto a la propiedad definitiva de la cosa, sólo puede estipularse por breve término, fijado como máximo en la ley por un quinquenio (art. 1.516) improrrogable (art. 1.517); de aquí la doble consecuencia, de que fijado un tiempo mayor, se reduce al quinquenio (art. 1.516, párrafo 1.º) y prorrogado cuando vence el quinquenio puede valer a lo sumo como promesa de reventa perdiendo la eficacia real que es propia del retracto. Este, para producir un vínculo real, debe concluirse en el acto mismo de la venta sin alterar el precio; por ello cuando se estipula después de conclusa la venta, sólo puede valer como *pactum de retrovendo*, ya que la venta por ser pura y simple transmitió irrevocablemente el dominio al comprador; y si se estipula un precio mayor o menor, se impide que la posición de los contrayentes al

(1) Una construcción análoga puede explicar el caso previsto en el art. 1.522. Muy distinta y justificada solución se da al caso en que los distintos propietarios hubieren vendido, no conjuntamente, sino separadamente, cada uno su parte.

verificarse la condición resolutoria, vuelva a ser idéntica a la anterior, aparte de la consideración de los fines usurarios que la estipulación de un precio mayor puede perseguir (1).

Estas y otras restricciones que el sistema del Código impone al pacto, se dan por el respeto debido a los derechos de tercero. Por la eficacia real que constituye su característica, la cláusula determina, que ejecutado el retracto se resuelvan todos los derechos adquiridos por los terceros del comprador; y es una exigencia del ordenamiento moderno que la condición jurídica de los terceros adquirentes sea lo menos incierta posible. El vendedor puede ejercitar el retracto no sólo contra el comprador, sino también contra el tercero adquirente de éste, aunque el pacto no se hubiera dado a conocer en la segunda o sucesiva enajenación (artículo 1.521); se extinguen los gravámenes e hipotecas que el comprador hubiere impuesto sobre el fundo (art. 1.528, párrafo 1.º) y sólo subsisten los arrendamientos siempre que el comprador los hubiere estipulado sin fraude y por tiempo que no exceda del trienio (art. 1.528, párrafo 1.º).

El vendedor que quiera ejercitar el retracto debe reembolsar al comprador o sucesivo adquirente el precio, los gastos de la venta y todos los necesarios o útiles hechos en la cosa; pero como la ley no le consiente entrar de nuevo en posesión de la cosa, sino después que haya cumplido todas estas obligaciones (artículo 1.528), resulta evidente que el crédito del comprador está tutelado por un *jus retentionis*. En cambio para ejercitar el retracto no precisa que todos los pagos indicados se hayan efectuado; basta (y es muy importante con relación a la caducidad que amenaza al derecho de retracto el determinar si el término legal o convencional vence sin una declaración de vendedor) que el vendedor declare de modo serio su voluntad de ejercitar el retracto sin que precise entablar acción judicial ni hacer oferta real del precio (2).

(1). La cuestión es, sin embargo, muy discutida; Brunetti, *op. cit.*, página 31; Stella, *op. cit.*, § 10; Coviello, *Trascrizione*, II, pág. 164; Zachariae, *Man.* II, § 337, pág. 493, núm. 4; Pacifici, *Vendita*, II, núm. 121; Venzi, en Pacifici *Ist.*, V, pág. 159, núm. a. a.

(2) En este sentido, la doctrina prevalente, Zachariae, *Man.* II, página 494, núm. 8; Venzi, en Pacifici *Ist.*, V, pág. 163, números gg.

En este momento, y no en el que se efectúa el reembolso del precio, es cuando libre al vendedor (1).

b) *Cosa*.—Objeto de la venta puede ser una cosa cualquiera corporal o incorporal con tal que no se halle fuera del comercio y sea cierta y determinada; debe ser actualmente existente y del dominio del comprador. A estos caracteres se unen ciertas especiales figuras de compraventa, algunas de las cuales, por ser desviaciones o modificaciones más o menos profundas del tipo normal, originan dudas o incertidumbres sobre su verdadera estructura jurídica.

a) Una indeterminación relativa hay en la *venta alternativa* (art. 1.449, párr. 1.º) y en la *venta genérica* cuando las mercancías se venden a peso, número o medida (art. 1.450). Pero la indeterminación cesa lo más tarde en el momento en que la cosa debe entregarse al comprador; ello ocurre, según los principios vistos, con la concentración o con la concreción o especificación. La venta *ad mesuram* no es, pues, perfecta en tanto las cosas no se hayan pesado, numerado o medido. Y si el Código por vía de aclaración añade en el art. 1.450 «no es perfecta en cuanto las cosas vendidas están a riesgo y peligro del vendedor», la expresión es inexacta, porque el no traspaso del riesgo al comprador depende más bien del hecho de que siendo necesaria la concreción, la transmisión de la propiedad no se opera en el momento del consentimiento, sino más tarde, cuando la cantidad vendida se haya individualizado al pesarla, medirla o contarla (2).

Esto no ocurre, en cambio, en la venta de mercancías en masa o *per aversionem*, es decir, en aquellas en que las cosas se

(1) Se discute si en la venta inmobiliaria el derecho de retracto debe transcribirse separadamente, o, si debe transcribirse la declaración de ejercitarlo, si precisa en ésta el documento escrito. Creo se debe responder negativamente a estas dudas, bastando con que se transcriba solamente la venta con pacto de retracto; Coviello, *Trascriz.*, II, pág. 158; Zachariae, *Man.*, II, pág. 495, núm. 11; Venzi, en *Pacifici Ist.*, V, página 163.

(2) Venzi, en *Pacifici Ist.*, V, pág. 144, n. k, pág. 145, n. m.

venden por un precio único sin tener en cuenta el peso, número o medida, o cuando teniendo esto en cuenta resulte que el pesar, contar o medir asume la función de medio determinante de la cuantía del precio (art. 1.451). Aquí la propiedad se transfiere inmediatamente y el riesgo corresponde al comprador (1).

β) Precisa también una ulterior determinación de la cosa en las ventas que exijan una aprobación previa por el comprador (*venta a prueba o ensayo*) (2).

Se puede distinguir (y en Derecho romano se encuentran vestigios de dicha distinción) entre la venta en que la aceptación se remite al gusto o agrado del comprador y en la que se remite al arbitrio de éste el declarar si la cosa le place (*si mihi placuerit*), y la venta en la que hay que decidir no según el gusto personal del comprador, sino según un criterio objetivo representado por el *arbitrium boni viri*. Cuando de las expresiones empleadas no resulte con certeza que las partes hayan querido referirse al juicio objetivo del *bonus viri*, toda distinción entre venta a ensayo (en que la actuación del cambio se remite al mero arbitrio del comprador) y venta a prueba (en que la eventual desaprobación del comprador no es incontrolable) se reduce a una sutileza, ya que los motivos internos del agrado o desagrado no son controlables y de hecho el comprador puede hacer depender de su arbitrio la perfección de la venta. El Código distingue, en cambio, el caso en que la facultad de agrado se halla implícita en la venta misma (como cuando se trata de

(1) Sraffa, *La vendita in massa e la determinazione del prezzo* (*Riv. Dir. comm.*, 1916, II, páginas 460 y siguientes), el cual observa que la absoluta determinación del precio no es en nuestro Derecho (a diferencia del francés y del común), requisito necesario de la venta en masa que difiere de la venta a *forfait*. Ver Fassa, *La vendita in massa con indicazione del peso, numero o misura* (*Giur. it.*, 1918, I, páginas 476 y siguientes).

(2) Fitting, *Der kauf anf Probe oder anf Bericht* (*Arch. f. civ. Pr.*, XLVI, 1863, páginas 237 y siguientes); Caro, *Die emptio ad gustum*, Greifswald, 1871; Unger, *Kauf anf Probe* (**Jahrbbr. f. d. Dogm.**, XXV, 1887, páginas 322 y siguientes); Errera, *La vendita sopra campione, a prova*, etc. (*Arch. Giur.*, XXV, 1880, páginas 514 y siguientes); Coviello, *La vendita a prova e la sua indole giuridica* (*Filang.*, XXI, 1896, páginas 561, 641 y siguientes).

vino, aceite u otras cosas que pueden probarse antes de la compra, art. 1.452) de aquel en que tal facultad deriva de pacto expreso (art. 1.453): Si en orden a la primera declara «que no hay contrato de venta en tanto el comprador no las haya probado y reconocido como de la calidad pactada», y si respecto a la segunda dice que «la venta se presume hecha bajo condición suspensiva», esta diversidad de declaraciones no debe hacer suponer que se trata de dos figuras contractuales distintas y menos aún que en el primer caso no haya contrato. La venta existe en uno y otro caso, pero dependiendo de la voluntad del comprador la aprobación de la cosa, aquélla no vincula en realidad más que al vendedor; el comprador queda obligado cuando manifiesta su agrado (1).

Distinta de la precedente es la *venta sobre muestra*; ésta es perfecta cuando la mercancía ofrecida por el vendedor haya sido reconocida como correspondiente a la muestra, y como quiera que con el reconocimiento de esta correspondencia se sustrae al comprador la libertad incontrolable de aceptar o rechazar, puede el vendedor constreñirlo a aceptar otorgando al Juez o a los peritos la facultad de reconocer la conformidad con la muestra (2).

(1) A la obligatoriedad de la venta para una sola de las partes (hasta la manifestación del agrado) se oponen, por un lado, el carácter sinalagmático de la compraventa; por otro, el art. 1.162 del Código civil, según el cual es nula toda obligación contraída bajo condición que haga depender su existencia de la mera voluntad de quien se ha obligado. La dificultad se vence considerando la particular anomalía del negocio jurídico, que se forma en dos momentos sucesivos y casi gradualmente; Weindscheid, *Pand*, II, páginas 85 y siguientes; Coviello, *op. cit.*, páginas 647 y siguientes.

(2) No faltan quienes sostienen que la venta sobre muestra es una venta pura y simple, porque la conformidad de la mercancía con la muestra pertenece, no a la naturaleza, sino a la ejecución del contrato; la comprobación de la conformidad no es sino el medio de prueba del cumplimiento normal; Pacifici-Mazzoni, *Vendita*, I, núm. 41; Navarrini, *Tratt. di Dir. comm.*, II, § 526; Fabini, *Sulla natura dell'az. nel caso di difformità della merce dal campione* (*Giur. it.*, 1906, I, páginas 315 y siguientes). Sobre los modos de asegurar la muestra, ver Asquini, *Riv. Dir. comm.*, 1920, II, pág. 302.

γ) La existencia actual de la cosa es un requisito esencial de la venta, solamente cuando ésta sea de cosa cierta e individualmente determinada. Por ello se explica que la venta sea nula por falta absoluta del objeto si al tiempo del contrato la cosa hubiere perecido totalmente; si pereció sólo parcialmente, es lógico que se otorgue al comprador la elección entre rescindir el contrato o exigir la parte subsistente con determinación proporcional del precio (art. 1.461). Se explica que este principio no se aplique a la venta de cosas genéricas (Código de Comercio, art. 61).

Muy distinto es el efecto de la inexistencia del objeto cuando ésta fué tenida en cuenta por las partes al contratar sobre cosa futura (1).

Precisa a este respecto distinguir la *venta de cosa futura* (*emptio rei speratae*), o sea de cosa que se espera exista en un momento futuro (por ejemplo, la cosecha que se espera obtener de una viña), de la venta aleatoria (*emptio spei*) en la cual el precio es debido aun cuando nada llegue a existir (lo que se obtenga al extraer las redes). En esta última no falta propiamente un objeto: éste viene representado por el azar o la esperanza misma (*quasi alea emitur*) (2), por lo cual la venta es pura, estando el comprador obligado a pagar el precio aun cuando sea nulo el resultado de la actividad desplegada para producir la cosa (3).

(1) Endemann, *Die Lehre von der emptio spei und rei speratae*, Wien, 1885; Castelbolognesi, *Dei caratteri differenziali fra la v. di speranza e la v. di cosa future* (*Arch. Giur.*, XL, 1888, páginas 152 y siguientes); Fabini, *Contribut. allo studio dell'emptio rei e dell'emptio rei speratae* (*Mon. Trib.*, 1903, páginas 401 y siguientes); Attolico, *Sulla vendita solantaria dei frutti pendenti* (*Filang.*, XXX, 1905, páginas 321, 646, 737 y siguientes); De Marsico, *La compravendita di cosa future* (*ib.*, XXXVI, 1911, páginas 321 y siguientes).

(2) Pomponio, fr. 8, D. 18, 1: «Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi et tamen fructus et partus futuri recte emuntur ut, cum edetus esset partus iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegitur... Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, quod fit, cum captus piscium vel airum vel unissilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est».

(3) Objeto de la *emptio spei* es, según Fabini, ob. cit., una actividad

En la primera falta actualmente el objeto, ya que la cosa se considera existente en el futuro y por ser la venta condicional, debiendo estimarse sujeta a la condición suspensiva: «si la cosa llega a existir»; sin que se deba el precio cuando la condición no se verifique. Admitida como particular aplicación del principio general establecido en el art. 1.118, según el cual las cosas futuras (1) pueden ser objeto de los contratos; la *emptio rei speratae* se ofrece con carácter meramente obligatorio, ya que por falta actual del objeto no puede producirse el efecto real de la transmisión del dominio.

5) Es precisamente la imposibilidad de esta función real lo que determina en el Derecho civil moderno la nulidad de la *venta de cosa ajena* (art. 1.459), diversamente de lo que ocurría en el Derecho romano (2); el hecho de ser ajeno el objeto constituye un obstáculo permanente al traspaso del dominio a la persona del comprador, obstáculo que podría desaparecer únicamente mediante la posterior ratificación del verdadero propietario o por la adquisición posterior que realice el vendedor. Pero la nulidad es, en tal caso, simplemente relativa, no absoluta; nunca puede hacerse valer por el vendedor por vía de acción ni de excepción (art. 1.459). Con uno u otro medio puede invocarla solamente el comprador, a quien se otorga también el derecho—si ignoraba que la cosa era ajena—de exigir el resarcimiento de daños al vendedor, aun cuando éste hubiera procedido de buena fe (3).

determinada, la potencialidad productora de un acto. Esta opinión evidencia el aspecto económico de la relación y constituye una explicación satisfactoria.

(1) Sobre el tema en general, véase Gabba, *La contrattazione sui beni futuri nel Dir. civ. it.*, Città di Castello, 1902, que erróneamente reduce todo negocio de este contenido a una promesa de contrato.

(2) Foleville, *Vente de la chose d'autrui*, 1872; Sraffa, *Nota sulla vendita della cosa altrui nel Dir. comm.* (Arch. Giur., XLI, 1888 páginas 158 y siguientes); Kohler, *Kauf einer fremden Sache* (en *Ges. Abhandl.*, páginas 232 y siguientes); Porta, *Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache*, Zurich, 1890.

(3) Ricca-Barberis, *La nullità della vendita di cosa altrui e l'obbligo della garanzia per l'evizione* (en *Studi per Scalvanti*, páginas 161 y siguientes); *Il venditore di cosa altrui e la garanzia*, etc. (Foro it., 1921, 1. pági-

Se sustrae a esta nulidad la venta genérica, y especialmente la venta mercantil, ya que corresponde a las exigencias mercantiles el vender cosas que no son aún del propio dominio y que deberán adquirirse en momento ulterior. El art. 59 del Código de Comercio, declarando su validez, establece que aquella venta obliga al vendedor a adquirir las cosas vendidas y a consignarlas al comprador bajo pena de resarcimiento.

c) *Precio*.—Contra la prestación de la cosa hay la prestación del precio, que representa una compensación consistente en una suma de dinero (art. 1.154, párr. 1.º); de otro modo, no se distinguiría la venta de la permuta; pero no basta para transformar la venta en permuta el hecho de que posteriormente el comprador preste (con el asentimiento de la otra parte) otra cosa en vez de dinero.

El precio debe ser cierto y determinado, o, por lo menos, debe el contrato contener los elementos necesarios para su determinación (art. 1.454); tal es el caso en que las partes se refieren a los precios que rigen en un determinado mercado o a un listín de cotización (art. 1.454, párr. 2.º). También es permitido el remitir la fijación del precio al arbitrio de un tercero, con tal que éste sea elegido por las partes en el acto mismo de la venta, o, si se pactó una elección posterior, que se determine el medio de nombramiento judicial en caso de desacuerdo, y a condición, en todo caso, de que el tercero declare el precio (artículo 1.454, párr. 1.º). La ley quiere que por la voluntad de las partes, manifestada en el primer momento, sea siempre posible la fijación del precio; por ello implica una desviación en favor del comercio la validez de la venta comercial hecha por el «justo precio» o por el «precio corriente», así como la facultad de los contrayentes de elegir el tercero posteriormente y la otorgada al Juez para nombrarlo, si no hay acuerdo de las partes (art. 60 del Código de Comercio).

El precio, finalmente, debe ser verdadero y serio, es decir, no simulado, para ocultar, por ejemplo, una donación, y no tan

nas 300 y siguientes); Navarini, *In tema di compravendita di cosa altrui e di esecuzione coattiva* (Foro it. 1916, I, pág. 494).

vil que pueda estimarse irrisorio. En ambos casos faltaría un elemento esencial del contrato. Que el precio deba ser justo, es decir, adecuado exactamente al valor de la cosa, no constituye propiamente un requisito; depende de la libre y soberana apreciación subjetiva de los contrayentes el si la suma que libremente estipularon como precio constituye o no una justa compensación.

Sin embargo, desde el Derecho justiniano (1), una excepción para la venta inmobiliaria, otorgándose al vendedor una acción rescisoria cuando hubiese habido *laesio enorme*, por ser el precio convenido inferior a la mitad del justo valor, salvo en el comprador la facultad de pagar el suplemento, e impedir de este modo el efecto rescisorio de la acción. La sustitución fué acogida por nuestro Derecho civil (2), que otorga la acción por lesión *ultra dimidium* y prohíbe toda previa renuncia a la misma, aunque se encubra bajo una donación por el exceso de valor (artículo 1.529), ya que no se supone nunca que la voluntad del vendedor sea libre, sino emitida bajo la presión de una necesidad.

(1) L. 2, c. 4, 44: «Rem maioris pretii si tu vel pater tuiss minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituyente emptoris fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis vel si emptor elegerit quod deest iusto pretio recipies, minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit». Véase l. 8 C. eod. El texto reproducido y el otro que sigue presentan profundas alteraciones, debidas a Justiniano, el cual utilizó

introducir la institución de la *laesio enormis*. La alteración afirmada desde antiguo y probada por Grandenowitz (*Bull. ist. Dir. rom.*, II, pág. 14), ha sido confirmada por Solazzi (*ib.*, XXXI, páginas 51 y siguientes) y por Albertario (*ib.*, pág. 5), contra la opinión de Landucci (*Atti R. Ist. Ven.*, LXXV, 1916, pág. 1189), que quiso probar inútilmente la autenticidad de los dos textos. Sobre el origen histórico de la *laesio enormis*, consúltense, a más del citado trabajo de Solazzi, Andrich, *Sull'origine della lesione enorme* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, LXIII, páginas 3 y siguientes); Brassloff, *Zur Lehre von der l. c. im byzant. Recht* (*Zeitschr. für Vergl. R. W.* XXVII, páginas 261 y siguientes). Para la historia de la institución en la Edad Media. Meynial, *Quelques notes sur l'histoire de la rescission pour lesion des contracts* (St. p. Scialoja, II, páginas 341 y siguientes).

(2) El Código francés (artículos 1.674 y siguientes) otorga la acción cuando hay lesión por más de $\frac{7}{12}$.

Esta razón justifica por qué la acción no se confiere en igual caso al comprador que haya adquirido la cosa por más del doble de su justo valor (art. 1.536) (1), y por qué no corresponde al vendedor en el caso de venta en pública subasta (art. 1.536, párrafo 1.º) o de venta aleatoria (como la de un fundo gravado por un usufructo temporalmente indeterminado) (2).

Por otro lado, este remedio, dado su carácter extraordinario, se somete en su ejercicio a términos y requisitos rigurosos. No toda impugnación del vendedor es apta para abrir el juicio, sino solamente aquella que denuncie hechos lo bastante verosímiles y graves para hacer que el Juez presuma la lesión (art. 1.532); la prueba de ésta deberá hacerse pericialmente, sin que se pueda recurrir al testimonio más que en vía subsidiaria (art. 1.533); la lesión se aprecia según el estado y valor del inmueble en el momento de la venta (art. 1.530) (3); se fija un término breve de caducidad, dos años, a contar desde el día del contrato, que transcurren en perjuicio también de quien ésta ausente interdicto o es menor (art. 1.531).

Al comprador se le otorga la facultad de elección entre restituir el inmueble readquiriendo el precio o pagar el suplemento de éste reteniendo la cosa (art. 1.534). Para restablecer el equilibrio entre ambos contrayentes, cada uno de éstos restituirá al otro (en la hipótesis de la restitución) con el fundo o con el precio los frutos e intereses que se devenguen o produzcan desde el día de la demanda; los frutos e intereses anteriores quedarán compensados (art. 1.535) (4).

(1) El Código estense (art. 1.577) la admitía también.

(2) En orden a las aplicaciones de la institución en el Derecho mercantil, véase Supino, *L'azione di rescissione per lesione nella comprav. comm.* (Dir. comm., 1915, II, pág. 400); Chironi, *La rescissione per l. e. e la vendita comm.* (Riv. Dir. comm., 1916, I, pág. 261).

(3) Butera *Della rescissione per lesione nella vendita a prezzo fissato in promessa unilaterale de vendita* (Foro it., 1921, I, páginas 258 y siguientes).

(4) Si el comprador del inmueble hubiera hecho gastos el vendedor deberá abonárselos. ¿Corresponderá al comprador por el precio y sus accesorios o por los gastos el *ius retentionis*? Se afirma por muchos, argumentando por analogía de la disposición del art. 1.528. Estimo que no

A más de tener eficacia real, la compraventa produce también efectos de carácter obligatorio, y tratándose de un contrato bilateral, nacen éstos *ex utroque latere*, ya que no sólo el comprador está obligado a pagar el precio, sino que también el vendedor está obligado a entregar la cosa y a prestar garantía por la evicción y por los vicios ocultos.

A. Obligaciones del vendedor

a). *Entrega de la cosa*.—El vendedor está obligado, ante todo, a entregar la cosa vendida al comprador (art. 1.463). Esta entrega, que no tiene una función traslativa de dominio, puede efectuarse real o simbólicamente en las distintas formas que la *traditio* asume (artículos 1.465, 1.466); si la entrega no se realiza y la cosa continúa en poder del vendedor sin un título especial que le confiera el goce, poseerá en nombre del comprador como mero precarista, por efecto de la obligación que le incumbe de entregarla a la otra parte (1). La cosa debe entregarse: en el *lugar* designado en el contrato, y, en su defecto, en el lugar en que la cosa se hallaba en el momento de la venta (art. 1.468), en el *tiempo* convenido y contra el pago simultáneo de su precio, y si éste no se efectúa inmediatamente, puede rehusarse la entrega legítimamente (como puede rehusarse también en el caso en que el comprador se halle en situación de quiebra o de insolvencia, art. 1.469), en el *estado* en que la cosa se hallaba en el acto de la venta con todos los frutos producidos y con todas sus accesiones y pertenencias (artículos 1.470-1.471) y en la medida que se hubiere estipulado en el contrato (art. 1.472).

Todo incremento de la cosa pertenece desde el día de la venta al comprador, y por ello también corre a su cargo el riesgo y peligro de la misma; pero como el vendedor está obligado

le corresponde y que no es lícito en esta materia proceder por extensión analógica. En favor de la *retentio*: Butera *Il dir. di retenzione nella rese della vendita per causa de lesione* (Foro it., 1912 páginas 479 y siguientes).

(1) Coviello, 4.ª *Natura del passesso dell'alienante prima della consegna* (St. per Scialoja, 1, páginas 317 y siguientes).

de la custodia de la cosa hasta su entrega, al perecimiento o deterioro de la cosa se aplicarán las normas examinadas al tratar del incumplimiento de las obligaciones de cosa cierta (artículos 1.219, 1.224, 1.225, 1.247, 1.298; véase también art. 1.480). La ley contiene normas especiales acerca de la medida en que la cosa debe entregarse, para los casos de disconformidad entre la medida pactada y la entregada (artículos 1.473-1.479); el concepto general es que, entregada una cosa en medida mayor o menor, hay lugar (dentro de ciertos límites) a la proporcional disminución del precio o a su aumento también proporcional, salvo el derecho del comprador (en el caso de aumento del precio) a rescindir el contrato; se fija también un término breve (un año) para el ejercicio de las acciones de reducción o aumento de precio o de rescisión del contrato (art. 1.478).

b) *Garantía por evicción* (1).—No basta la entrega de la cosa para extinguir las obligaciones que incumben al vendedor; éste debe también garantizar al comprador la libre y pacífica posesión de la cosa, es decir, debe defenderlo de todo ataque de tercero que, fundado en un vicio del derecho del vendedor, le prive total o parcialmente de la cosa o haga valer un gravamen no declarado en el contrato. Hay evicción cuando por una sentencia firme dictada en causa anterior a la venta, el comprador sufre la pérdida total o parcial de la cosa, a pesar de la defensa que el vendedor haya hecho en el juicio. Es, pues, deber muy principal del comprador el llamar al vendedor a la causa para que éste pueda asumir la defensa contra el tercero; de aquí la consecuencia que la garantía cesa si el comprador se ha dejado condenar sin llamar al vendedor y éste prueba que había razones o motivos bastantes para rechazar la demanda (artículo 1.497).

(1) Müller *Die Lehre des röm. Rechtes von der Eviction*, 1851; Boggio, *Della evizione negli atti traslativi di diritti e spec. nella vendita* 2.^a ed., Turín 1894; Polacco, *L'obbligo di restituir dei frutti nella gar. per eviz* (*Arch. Giur.*, XXXIII, 1884 pág. 388); Arangio Ruiz *Evizione* (en *Dir. prat. di Dir. priv.*); Ricca-Barberis, *Sulla natura della garanzia per evizione* (*Riv. Dir. civ.*, 1915, páginas 581 y siguientes); *L'obbligo della consegna della cosa e la garanzia per evizione* (*Riv. Dir. comm.*, 1915, II páginas 860 y siguientes).

La obligación de la defensa implica que cuando ésta resulte infructuosa o no haya sido asumida, el vendedor es responsable frente al comprador que sufrió la evicción. En el caso de evicción total, esta responsabilidad comprende: 1), la restitución del precio íntegro (art. 1.486, n. 1), aunque la cosa haya disminuído de valor o sufrido deterioro por culpa del comprador o por fuerza mayor (art. 1.487); en cambio, en el caso de que la cosa hubiere aumentado de valor, al precio deberá añadirse la plusvalía (art. 1.489); 2), el pago del valor de los frutos que el comprador debe restituir al que venció en la evicción (art. 1.486, n. 2); 3), el reembolso de los gastos ocasionados por el litigio o por el juicio de reivindicación (art. 1.489, n. 3), de los gastos del contrato (n. 4), y si el vendedor procedió de mala fe, de todos los gastos, incluso los de ornato o recreo, hechos por el comprador (art. 1.491); 4), el resarcimiento del daño. Si la evicción fué parcial, el vendedor debe reembolsar el valor correspondiente a la parte que fué objeto de la evicción y no el precio de la venta (art. 1.493), así como proporcionalmente las prestaciones accesorias indicadas, pero se otorga también al comprador la facultad de exigir la resolución del contrato si la parte de la cosa que sufrió la evicción es con relación al todo, de tal entidad que el comprador no habría comprado el todo sin aquella parte (artículos 1.492, 1.494) (1).

Elemento natural del contrato de compraventa, la garantía por evicción, es debida de derecho, esto es, aunque no se hubiere estipulado (art. 1.482); pero los contrayentes pueden, mediante un pacto especial, modificar libremente sus consecuencias,

(1) La garantía que se refiere a servidumbres que graven el fundo vendido da lugar a muchas discusiones: Vitali, *Enizione e garanzia per causa di servitu passive* Piacenza 1889; Ricca-Barberis *Sull'art. 1.494, c. c. (Dir. e Giur., 1916 I páginas 166 y siguientes); Sull'obbligo della garanzia per le servitu ecc. (Dir. comm., 1919, II, páginas 206 y siguientes); Riv. it. pb. sc. giur., 1919; Riv. Dir. comm., 1920, I páginas 388 y siguientes); Ramponi, *Garanzia per le servitu non apparenti*, Bologna, 1917; Fadda, en *Studi e quest. di dir.*, I, pág. 464; para las servidumbres a favor del fundo vendido, véase Ricca-Barberis, *Riv. Dir. comm.*, 1916, II, página 917; Germano, en *Foro it.* 1915, I pág. 1.388; 1917, I, páginas 226 y siguientes.*

suavizando o agravando la responsabilidad o pactando la exoneración total de la misma (art. 1.483).

Este pacto no libera, sin embargo, al vendedor de la obligación de restituir el precio, a no ser que el comprador hubiere conocido el peligro de la evicción en el acto de la venta o hubiere comprado la cosa a riesgo suyo, realizándose una venta aleatoria (art. 1.485); tampoco lo libera cuando la evicción sea consecuencia de un acto suyo y toda convención que tuviera por objeto tal liberación sería nula por ilícita, ya que impulsaría a la realización de actos inmorales (art. 1.484). La obligación de la garantía se da no solamente por el hecho ajeno, sino también por el propio; lo cual implica que al comprador es otorgada una excepción para oponer a la reivindicación que contra él intenta-se el propio vendedor, como, por ejemplo, en el caso del vendedor de cosa ajena que resulte ser propietario de la misma, o del propietario de ella que sea heredero del vendedor, *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*.

c) *Garantía por vicios ocultos* (1).—El vendedor debe también garantizar al comprador contra los vicios o defectos ocultos que la cosa tuviere en el momento de la venta y responde de los mismos cuando se hubieren manifestado posteriormente. Vicios o defectos *ocultos* son, no ya las leves imperfecciones de la cosa o la falta en ella de los condiciones o cualidades declaradas por el vendedor, son aquellos que, de una parte, privan a la cosa de aptitud para el uso a que se destina o que disminuyen su uso de modo que de haberlos conocido el comprador, no la hubiese comprado o hubiese dado menos precio por ella (art. 1.498); de otra, que no estuvieren tan manifiestos en el momento de la

(1) Hanausek, *Die Haftung des verkäufers für die Beschaffenheit der ware nach röm. und gem. Recht*, 1883 87; Bianchi F. *Azione di nullità per errore e az. per vizi redibitori nella vendita* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XI, 1891, páginas 321 y siguientes); Fubini, *La teoria dei vizi redibitori*, Turín, 1906; Galante, *Az. redibitoria e az. d'inadempimento contrattuale* (Legge, 1908, pág. 2.489); Pulvirenti, *Fondamento natura e limiti dell'az. redibitoria nel dir. civ. e comm. it.* (*Foro it.*, 1909, páginas 574 y siguientes); Carnelutti, *Azione redibitoria e azione contrattuale* (*Studi. Dir. civ.*, páginas 355 y siguientes); Fubini, *Ancora sui criteri dist. dell'az. redibitoria della contrattuale* (*Riv. Dir. comm.*, 1918, II, páginas 22 y siguientes).

venta, que el comprador hubiere podido inmediatamente apreciar su existencia (1). De los vicios o defectos *aparentes* no responde, en efecto, el vendedor (art. 1.499); al comprador es imputable el no haberlos conocido, absteniéndose por ellos de contratar o haciéndolos valer

cio (2); tampoco responde por las alabanzas de la mercancía cuando ésta no responda a las mismas, pues es natural el rivalizar en astucia (*dolus bonus*) que en todo contrato, y especialmente en la compraventa *naturaliter licere contrahentibus se circumveniere*, fr. 16, § 4, D. 4. 4.) se consiente,

Responde en cambio de la calidad y condiciones expresamente prometidas (*dicta et promissa*), pero tampoco a esto se refiere la garantía por vicios ocultos, para lo cual no precisa un pacto especial, ni el conocimiento de los mismos en el vendedor; distinto en cambio es el remedio concedido al comprador cuando la cosa carece de las cualidades pactadas; el comprador podrá pedir la resolución del contrato por el incumplimiento del vendedor (art. 1.165), pero no ejercitar las acciones especiales que derivan de la garantía por vicios ocultos (3).

Estas acciones que se remontan en Derecho romano al edic-

(1) Adviértase que en la venta de animales no setoman en consideración otros vicios que los determinados por la ley o por los usos locales (art. 1.505, párr. último). Ver Nitti, *I vizi redibitori nel commercio de bestiame*, Turín, 1895).

(2) En la venta mercantil se responde de los vicios aparentes si se trata de mercancías provenientes de otra plaza, con tal que el comprador los denuncie dentro de los dos días siguientes a su recepción (Código de Comercio, art. 70).

(3) Cosas distintas, en efecto son el *vicio* y la *falta* de una *cualidad prometida*, y esto constituye la base para resolver la cuestión acerca del criterio distintivo entre acción *redibitoria* y acción contractual. El Código civil alemán (§ 459) y el suizo de las obligaciones (art. 197), como ocurría ya en el Derecho romano, agrupan la falta de las cualidades prometidas o condiciones fijadas y el de inmunidad por vicios ocultos. Por lo demás, es muy discutido entre los autores el criterio para determinar dónde termina la responsabilidad por vicios ocultos y dónde comienza la responsabilidad por los *dicta et promissa*, especialmente cuando se hubiere pactado la inmunidad por vicios. Véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, V, pág. 151, n. g.

to de los ediles curules (I) son dos, y puede el comprador elegir una u otra libremente (art. 1.501) la *a. redhibitoria* (2), con la que el vendedor es obligado a tomar la cosa y a restituir su precio con los intereses y los gastos ocasionados por la venta (artículo 1.503) y la *aestimatoria* o *quantiminoris*, con la que el comprador retiene la cosa y obtiene una reducción del precio que se fijara por la autoridad judicial y que corresponde al menor valor que la cosa tiene por razón de los vicios que la afectan. En una y otra acción el vendedor responde también, aunque ignorase los vicios (art. 1.500), y en esto consiste la tutela especial que la ley concede al comprador; el haberlos conocido y callado es causa solamente de una agravación de responsabilidad; la ley prescribe que en este caso el vendedor sea condenado en el juicio *redhibitorio* a la restitución del precio y al resarcimiento del daño.

De otra parte, la necesidad de evitar la incertidumbre de la relación, exigía que estas acciones no pudieran ejercitarse sino dentro de términos breves; estos términos (que son de caducidad y no de prescripción), los fija la ley en un año a contar desde la entrega si se trata de inmuebles, en cuarenta días si se trata de animales, o en tres meses si de otras cosas muebles (salvos los usos particulares que prescriban términos mayores o menores) (artículo 1.505); en la venta mercantil de mercancías procedentes de otra plaza, se añade la obligación de la denuncia de los vicios dentro de los dos días siguientes a su descubrimiento (Código de Comercio, art. 70).

La garantía no tiene lugar en las ventas judiciales (art. 1.506) y tampoco cuando hubiere habido renuncia expresa por parte del comprador (art. 1.500), si el comprador conocía los vicios anteriormente a la venta; si la cosa hubiere perecido por caso fortuito (art. 1.504).

(1) Véanse los títulos 22, 1 del Dig., *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*, 4. 58 del Cód. *de aediliciis actionibus*.

(2) *Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat idcirco redhibitio est appellata quasi redditio*, fr. 21 pr. D. 21. 1. De aquí se deriva el nombre de los vicios que originan esta acción (*vicios redhibitorios*).

B. *Obligaciones del comprador*.—Prescindiendo de algunas de carácter secundario, como la de aceptar la entrega de la cosa o la de respetar en ciertos casos los arrendamientos hechos por el vendedor (art. 1.597), todas las demás se resumen en esta: pagar el precio en el día y en el lugar determinado en el contrato o cuando nada se hubiere establecido, en el lugar y al tiempo en que se verifica la tradición de la cosa, con adición de intereses (*compensatorios*), si la cosa vendida y entregada antes del pago produjese frutos o rentas (artículos 1.507-1.509).

Entrega de la cosa y pago del precio, dada su relación de correspondencia: deben verificarse simultáneamente sino se hubiere pactado el aplazamiento; y por ello, así como el vendedor puede negarse a efectuar la entrega cuando el precio no le hubiere sido satisfecho (art. 1.469), así también el comprador puede rehusar el pago si el vendedor no efectuase la entrega. Y así como al vendedor es concedida la facultad de suspender la entrega cuando por quiebra o insolvencia del comprador corre el riesgo de perder el precio (art. 1.469), análogamente se otorga al comprador la facultad de suspender el pago si por ser turbado o abrigar fundado temor de ser turbado en el pacífico goce de la cosa por el ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria, corre peligro de perder la cosa en todo o en parte (artículo 1.510); el vendedor en este caso puede eludir el perjuicio prestando caución.

Si el comprador no paga el precio, corresponde al vendedor con la acción contractual, por el cumplimiento de la resolutoria común a todos los contratos bilaterales (art. 1.165). La resolución tratándose de cosas muebles se produce de derecho en interés del vendedor (1), cuando el comprador antes de transcurrir el término fijado para la entrega de la cosa no se haya presentado para recibirla, o aun cuando se hubiere presentado, no hubiere ofrecido el precio simultáneamente (art. 1.512).

Es más, en esta especie de ventas, el vendedor puede siempre, si no se concedió aplazamiento para el pago, reivindicar la

(1) En la venta mercantil de cosas muebles la resolución se produce de pleno derecho también, pero en provecho del vendedor o del comprador y en perjuicio de la otra parte que no cumplió su obligación.

cosa en tanto ésta se halle en poder del comprador, o impedir su reventa con tal que la demanda de reivindicación se entable dentro de los quince días siguientes al de la entrega y que las cosas se hallen en el mismo estado en que se hallaban en el momento de su entrega o siempre que no hubieren sufrido alteración en su individualidad, o transformación por especificación (artículo 1.513). Puede también deducir esta demanda contra el tercer poseedor, en los límites en que la reivindicación es consentida por el art. 707. En la venta inmobiliaria, por el contrario, la resolución no tiene lugar de pleno derecho y sí solamente en virtud de declaración del Juez (1) y además no perjudica a los terceros que han adquirido derechos en el inmueble con anterioridad a la transcripción de la demanda de resolución y los han conservado mediante su transcripción (art. 511) (2) (3).

(1) Si el comprador que no paga el precio realizó obras y construcciones en el fundo se aplican, en caso de resolución, las normas propias de la posesión de mala fe, puede ser obligado por el vendedor a hacerlas desaparecer a sus expensas (art. 450); Fassa, *La risoluzione della vendita rispetto alle costruzioni e opere fatte dal compratore* (*Giur. it.*, 1918, I, 2 pág. 375); Butera, *For. it.*, 1918, I, pág. 1.087.

(2) A la venta en general en el Código civil sigue la venta de créditos y otros derechos (artículos 1.518-1.548). La teoría fué expuesta al tratar de la cesión de créditos, de la cual la venta constituye un caso especial.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Muy parecida es la forma de tratar el contrato de compraventa en los Códigos italiano y español, pero aquél, inspirado en el napoleónico, más directamente que el nuestro, la entiende como transmisora de la propiedad; nuestro Código civil, más arraigado en el Derecho romano, exige que para producir tal efecto ha de ir seguida de la tradición (artículos 1.125 y 1.448 del Código civil italiano y 609 y 1.095 del Código civil español).

Las definiciones concuerdan (v. artículos 1.445 del Código civil español y 1.447 del italiano). De ambas puede decirse que sirven para otras instituciones jurídicas (arrendamiento por ejemplo) por su indeterminación y por no señalar su característica en consonancia con las teorías que sustentan, así el Código italiano, debió significar que por el contrato de compraventa una persona transmite a otra el dominio de una cosa, y el Código español que una persona se obliga a transmitir el dominio de una cosa, etc.; sin embargo, es más concreta la del Código español que exige la determinación en la cosa y el precio cierto en dinero o si no que lo presente.

Es de elogiar en ellos su lógica, en consonancia con la doctrina de la estimación del precio. El Código italiano habla de *su* precio y el español de *un* precio, de lo que se deduce una doctrina opuesta en cuanto a la rescisión por lesión a que luego nos referiremos.

A. ELEMENTOS DE LA COMPRAVENTA

I. *Consentimiento*.—Produce el consentimiento la perfección del contrato, si convienen vendedor y comprador en la cosa y en el precio (artículo 1.450 del Código civil español y 1.448 del Código italiano). Concuere la doctrina de ambos Códigos respecto de la capacidad para celebrar este contrato (artículos 1.456 del Código civil italiano y 1.457 del español) y a las incapacidades (artículos 1.458 y 1.459 del Código civil español y 1.457 y 1.458 del Código civil italiano).

Al estudiar esta materia, trata el autor de los efectos de la voluntad de las partes en cuanto al momento en que se opere la transmisión del dominio, desarrollando la teoría de los pactos de *promesa de venta* (regulado en el art. 1.451 de nuestro Código civil); *reserva de dominio* y *additio in diem* y sobre todo del de *retroventa* que en ambos Códigos tiene regulación especial (artículos 1.507 a 1.520 del Código civil español y 1.515 a 1.528 del italiano) que examinamos.

Definido de análoga manera (artículos 1.507 en relación con el 1.518 del Código civil español y 1.515 y 1.528 del italiano), en ambos tiene idéntica naturaleza y produce los mismos efectos como condición resolutoria (art. 1.509).

Nuestro Código civil regula casos especiales de retroventa como el del art. 1.512, en el que trata del retracto utilizado por los acreedores haciendo uso del derecho de subrogación que les concede el art. 1.111 y los de los artículos 1.513 a 1.517, en los que se advierte el concepto de indeseable que tiene la indivisión de la cosa común. Siendo de notar que no llega a la solución del art. 1.525 del Código italiano, en el que cuando los copropietarios no quieran ejercitar conjuntamente el derecho de retracto, éste puede ser utilizado por uno de ellos solamente. El plazo de duración es más corto en el Código español en cuanto al retracto que no se pacte en tiempo de eficacia y puede ser más largo en el que se pacte (cuatro y diez años como máximo art. 1.508 del Código civil español y cinco años en ambos casos, art. 1.516 del Código civil italiano). Este plazo no puede prorrogarse porque sería la prórroga un acto en fraude de la ley y debe convenirse el pacto en el acto de la venta, pues nuestro Código (art. 1.507) dice expresamente que el vendedor «se reserve». Su eficacia alcanza a los terceros (artículos 1.521 del Código italiano y 1.510 del español) y utilizado el derecho de retracto, se extinguen los gravámenes constituidos por el comprador subsistiendo sólo ciertos arrendamientos (artículos 1.528, § 1.º del Código civil italiano y 1.520 del Código civil español). Para que el retracto tenga efecto, exigen ambos Códigos el reembolso de los gastos a que se refieren los artículos 1.518 del Código español y 1.528 del italiano, si bien este último concede un *jus retentionis* en favor del comprador al no conceder el derecho de entrar de nuevo en la posesión al retrayente hasta que haya cumplido todas sus obligaciones, bien que iguales efectos deriven en favor del comprador en el Código español respecto de los gastos necesarios y útiles cuando no se los abone el retrayente por ser poseedor de buena fe (art. 453). Los frutos se compensan o prorratan (art. 1.519).

II. *Cosa*. Objeto de compraventa pueden ser todas las cosas aun las futuras que sin estar fuera del comercio de los hombres se hallen determinadas, no necesitándose nuevo convenio para saber con certidum-

bre que sea lo convenido (*Sent.* de 8 de Mayo de 1895) o sean al menos eventualmente existentes, no siendo necesario pertenezcan en propiedad al vendedor (*Sent.* de 31 de Enero de 1921), extremo éste que no concuerda con el Código italiano (art. 1.459), que declara nula la venta por tal circunstancia, salvo en los mercantiles, art. 59 del Código de Comercio italiano.

Como modalidades de la compraventa en orden a la indeterminación relativa de la cosa, pueden citarse la venta de la cosa a calidad de ensayo o prueba o de cosa que es costumbre gustar o probar, que se presumen hechas bajo condición suspensiva (artículos 1.453 del Código civil español y 1.452 y 1.453 del Código civil italiano); la venta sobre muestras reguladas en el Código de Comercio español (art. 327) y la de géneros que no tengan a la vista ni puedan clasificarse por una calidad determinada conocida en el comercio que se entiende hecha con reserva de examinar los géneros el comprador y facultad de rescindir el contrato si no convienen, igual que la tiene en las ventas hechas a calidad de ensayo (artículo 328 del Código de Comercio español). Puede incluirse aquí la teoría de los riesgos desarrollada en el art. 1.452 del Código civil español inspirándose en la teoría romana *res perit pro creditorem* y los efectos de la pérdida total o parcial de la cosa al otorgarse el contrato (art. 1.460 del Código civil español concordante con el 1.461 del italiano).

III. *Precio.*—Ha de ser el precio cierto y en dinero o signo que lo represente (art. 1.445) distinguiéndose en esto de la permuta (ver nota a ese capítulo). La certeza del precio, puede determinarse indirectamente (artículos 1.447 y 1.448 del Código civil español, concordantes con el 1.454 del Código italiano), pero no dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.449).

El precio tiene que ser verdadero porque si no degeneraría la venta en donación; no exigiéndose que sea justo, pues los contratos no se rescinden en el derecho español por lesión más que en los casos del artículo 1.293 del Código civil. Doctrina que no concuerda con la del Código italiano, art. 1.529 que admite la rescisión por lesión, *ultra dimittum*, siguiendo al Derecho romano, contra el cual se abre el aforismo foral *tantum valet res quantum vendi potest*.

B. EFECTOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

I. *Obligaciones del vendedor.*—Son dos, según el art. 1.461 del Código civil: entrega y saneamiento, pero hay que tener en cuenta que el obligado a entregar una cosa lo está también a conservarla como buen padre de familia (art. 1.094).

a) *Entrega de la cosa.*—Tiene la entrega una función traslativa del dominio (artículos 609 y 1.095) y puede verificarse de distintas formas, entendiéndose la cosa entregada cuando se ponga en poder y posesión del comprador (art. 1.462, § 1.º). Ha de realizarse en el lugar convenido o si no lo hubiere en el fijado en el art. 1.171, después del pago del precio, salvo que este se haya aplazado, pudiendo resolverse la venta si aquél no se paga o pactado el aplazamiento se descubre que el comprador es insolvente, excepto si éste aianza el pago (artículos 1.466 y 1.467 del Código civil español y 1.469 del Código civil italiano). Ha de realizarse la entrega de la cosa en el estado en que se encontrase al perfeccionarse el contrato con todos los gastos desde esa fecha (art. 1.468 del Código civil español, concordante con los 1.470-1.471 del italiano) y con to-

das las accesiones, regla general de las obligaciones de dar (art. 1.097 del Código civil español). La forma de la entrega varía según sean bienes inmuebles (art. 1.462), muebles (art. 1.463), o bienes incorporales (artículo 1.464) y los gastos de entrega serán de cuenta del vendedor y los de traslación a cargo del comprador, salvo estipulación especial (art. 1.465).

La cantidad que ha de ser entregada puede determinar un desacuerdo entre lo pactado y la realidad de la cosa, en la venta de muebles, dando lugar a rescisión del contrato, si el comprador no se da por satisfecho en recibir la finca disminuída con reducción del precio o en pagar a mayor valor si tiene mayor cabida que la que consta en el contrato, cuando se trate de venta de inmuebles con expresión de la cabida a razón de un precio por unidad o número (artículos 1.469 y 1.470 del Código civil español, concordantes con los 1.473 y 1.479). Igual sucede cuando la cosa tenga una calidad inferior que determine menor valor (1.469) o en las ventas a precio alzado en los que lo comprendido dentro de los linderos no sea de la cabida o número expresados en el contrato (1.471, § 2.º). No dándose rescisión ni aumento o disminución del precio cuando los inmuebles sean vendidos como un cuerpo cierto (1.471, § 1.º); prescriben las acciones derivadas de estos artículos a los seis meses (art. 1.472, concordante con el 1.478 del Código civil italiano).

Los casos de doble venta de una misma cosa pueden dar lugar a múltiples litigios; para evitarlos, declara la preferencia el art. 1.473 de nuestro Código en favor del primer poseedor, en muebles; y en inmuebles en favor del que primero inscribió; en su defecto, al que fué primero en la posesión, y a falta de esto, al que presente título de fecha más antigua.

b) *Saneamiento* —Obligación que deriva del derecho de todo contratante a gozar de la efectividad plena de la prestación contraria; puede presentarse por vicios jurídicos o de hecho, dando lugar a las dos modalidades de esta obligación de garantía (art. 1.474).

a) *Saneamiento por evicción*. —Entraña en este caso el saneamiento la idea del vencimiento en juicio que priva al comprador del pacífico disfrute de la cosa o de la cosa misma. El saneamiento por evicción es elemento natural de la compraventa, se presenta normalmente, pero puede aumentarse, disminuirse o aun suprimirse (artículos 1.475 del Código civil español, 1.482 y 1.483 del italiano); pero es nulo todo pacto en que se exime de esta obligación al vendedor de mala fe (art. 1.476) y produce efectos, siquiera limitados, cuando la renuncia a la garantía se haga sin conocimiento de los riesgos y sin someterse a sus consecuencias (1.477).

Para que tenga lugar el saneamiento por evicción, se requiere que sea privado el comprador de todo o parte de la cosa por sentencia firme en virtud de un derecho anterior a la compra y que haya notificado la demanda al vendedor (1.475-1.480, 1.481 y 1.482 del Código civil español, 1.497 del Código civil italiano)

Produce la evicción los efectos de restitución señalados en el art. 1.478 del Código civil español (que concuerda con los 1.486, 1.487, 1.489 y 1.491 del Código civil italiano), salvo en el precio que ha de instituirse que, según el Código italiano, será el mayor, sea el que tenía la cosa en el momento de adquirirla o en el de la evicción. La evicción parcial tiene idéntica regulación en las dos legislaciones (1.479 del Código español y 1.492 del italiano).

β) *Saneamiento por vicios ocultos*. —Los vicios de la cosa que la hagan menos apta para su disfrute por el comprador, hacen nacer en favor de éste dos acciones de abolengo romano: la *redhibitoria* y la *quantum minoris* o *aestimatoria*. Nuestro Código civil, al igual que el italiano, regula las dos en función de los gravámenes ocultos de la finca, de defectos ocul-

tos en general y de los vicios ocultos de los ganados, sentando idéntica doctrina que el Código italiano.

Los gravámenes ocultos -servidumbre no aparente—en los inmuebles no tienen que estar consignados en la escritura, y ha de presumirse que el comprador de conocerles no hubiera comprado; estos vicios son redhibitorios durante un año a contar desde la fecha de la escritura y dan lugar a indemnización en ese mismo plazo y otro año a contar desde el descubrimiento de la servidumbre (1.483).

Los vicios ocultos en general, producen el nacimiento de las acciones antes indicadas (art. 1.486) que han de ejercitarse dentro de los seis meses siguientes a la entrega de la cosa vendida (art. 1.490), cabiendo su ejercicio en el caso de pérdida de la cosa vendida, tanto si pereciere por vicios ocultos como por caso fortuito o culpa del comprador, si se demostrare la existencia de los vicios al tiempo de la venta (artículos 1.487 y 1.488). No hay lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios en las ventas judiciales (1.489 del Código civil español, 1.506 del italiano).

En el caso de vicios de ganados, se entiende redhibitorios aquellos que no basten conocimientos periciales para su descubrimiento. La acción ha de interponerse dentro de cuarenta días y hay una responsabilidad expresa para el profesor que por ignorancia o mala fe dejase de describir o manifestar el vicio redhibitorio, y otra una vez resuelta la venta para el comprador que devolviese el animal con cualquier deterioro debido a su negligencia y que no proceda del vicio redhibitorio (artículos 1.495, 1.496 y 1.498). No se da la resolución por vicios ocultos en las ventas hechas en feria o pública subasta, ni en las de caballerías de deshecho (1.493), y sí en el caso de compra de dos o más animales por un precio alzado en que el vicio redhibitorio de cada uno dará lugar a su redhibición y no a la de los otros, salvo que aparezca que el comprador no comprará el sano o sanos sin el vicioso (1.491), doctrina que es aplicable a la de otras cosas (1.492).

C. OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

La primordial es pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato, y si no en el de lugar de la entrega y los intereses por el tiempo que mediere entre la entrega de la cosa y el pago del precio si así se ha convenido si la cosa produce frutos y si incurre en mora el comprador (artículos 1.500 y 1.501 del Código civil español concordantes con los 1.507-1.509 del italiano).

Puede suspenderse la entrega del precio cuando el comprador fuese perturbado o tuviere fundado temor de serlo, hasta que cese la perturbación o el peligro, salvo que el vendedor afiance la devolución del precio o haya pacto en el que se estipule el pago del precio, no obstante cualquier contingencia (artículos 1.502 del Código civil español y 1.510 del italiano).

La falta de pago del precio produce la resolución de la venta, tanto en caso de inmuebles como en la de muebles, con la especialidad de que si aquéllos se vendieron con la condición que la falta de pago del precio en el plazo convenido produjera la resolución de la venta el comprador podrá pagar aun después de espirado el término interin, no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial (artículos 1.503, 1.505 y 1.504).

§ 87.—*Permuta*

Brugi, *Ist.*, § 65 (I c); Pacifici, *Ist.*, V, pág. 25; Chironi, *Ist.*, II, § 329; Zachariae, *Mon.* II, pág. 340; Aubry y Rau., *Cours*, pág. 360; Planiol, *Traité*, II, páginas 1.658 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, § 398 (1).

Si desde el punto de vista económico la permuta difiere económicamente de la compraventa, históricamente aquélla es una forma primordial del cambio), en su aspecto jurídico el nexo entre ambos contratos es tan íntimo que puede decirse que todas o casi todas las normas son aplicables a la permuta (artículo 1.555) (2). La diferencia substancial radica en esto: que una cosa se cambia no por un precio, sino por otra cosa, de modo que ambos contrayentes (no uno solamente) asumen la función y las obligaciones que en la venta son propias del vendedor. Degeneraciones del tipo puro de cambio de una cosa por otra o de un derecho por otro, son posibles si la prestación a que viene obligada una de las partes se integra por una cosa y una suma de dinero. Para la determinación de la naturaleza jurídica del contrato decidirá el elemento prevalente de la prestación: si uno de los contratantes debe satisfacer una compensación en dinero que supera el valor de la cosa dada por él en permuta, la relación contractual se transformará en venta y como tal deberá ser regulada en todos sus aspectos (no sólo en el de la lesión, con relación a la cual el criterio legal está contenido en el art. 1.554).

Por lo demás, la estructura de ambos contratos es idéntica. Así como en la venta el vendedor debe transferir la propiedad de la cosa, así también en la permuta cada permutante debe

(1) La bibliografía referente al derecho moderno es la misma que la citada en la compraventa, pues los civilistas se refieren comúnmente a ambos contratos.

(2) El Código civil alemán limita toda la disciplina a un solo precepto (§ 515), que declara aplicables a la permuta las normas propias de la compraventa. Idéntico sistema ha adoptado el Código civil suizo de las obligaciones (art. 273), el cual, en otro artículo, añade un precepto análogo al del nuestro (art. 1.552).

transmitir al otro el dominio de la cosa propia (art. 1.549); también aquí se transmite el dominio mediante el mero consentimiento y el contrato es perfecto apenas recaiga acuerdo sobre las dos cosas que deben cambiarse (art. 1.550); se requiere que cada permutante sea propietario de la cosa que permuta y por ello es nula la permuta de cosa ajena; precisa que el consentimiento tenga por objeto operar la transmisión del dominio, de modo que si hay solamente una promesa bilateral de permutar, no se verifica la adquisición de la propiedad; en cada permutante se exige la capacidad de enajenar, etc.

También son debidas en este contrato la garantía por evicción y por vicios ocultos. Sólo que en este contrato se deben recíprocamente. En caso de evicción, se concede al permutante que la sufrió el derecho de opción entre demandar el simple rescarcimiento o repetir la cosa dada a la otra parte (art. 1.552), salvos los derechos adquiridos por los terceros en los inmuebles antes de la transcripción de la demanda de resolución (artículo 1.553). Aun sin que haya evicción, basta que un permutante demuestre que la cosa debida por el otro pertenezca a un tercero para que se pueda rehusar la ejecución del contrato; el permutante está autorizado para negarse a realizar la propia prestación, cuando la cosa que debería recibir pertenezca a un tercero y está obligado a restituirla si la hubiere recibido ya (artículo 1.551).

La inaplicabilidad de la rescisión por lesión a este contrato resulta clara si se tiene en cuenta que en la permuta no hay una cosa estimada en un cierto precio y sí dos cosas que aunque tengan económicamente un valor distinto son consideradas subjetivamente por las partes como equivalentes. No es, pues, una excepción y sí una apariencia de excepción la lesión admitida por el párrafo 1.º del art. 1.554; en el caso a que hace referencia este artículo la relación es de compraventa y no de permuta (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— Forma primitiva del cambio, la permuta está definida en el art. 1.538 del Código civil español, concordante con el 1.549 del italiano, «como un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». Tipo clásico de

§ 88.—*Arrendamiento*

Brugi, *Ist.* § 65 (l. e.); Pacifici, *Ist.* V, pág. 231; Chironi, *Ist.* II, §§ 331-339; Zachariae, *Misc.* II, §§ 341-356; Aubry y Rau, *Cours.* V, §§ 361-376; Planiol, *Traité* II, números 1.663, 1.823, 1.897 y siguientes; Windscheid, *Pand.* II, 2, §§ 399-904 (1).

La tradición romanística ofrece al Derecho moderno una noción tan amplia del arrendamiento, que en ella se comprenden múltiples y diversísimas figuras contractuales. Objeto del arrendamiento puede ser una cosa (corporal o incorporal, mueble o inmueble), los servicios de una persona (manuales o mecánicos

obligación *do ut des*, no produce efectos traslativos del dominio hasta la entrega de las cosas, en lo que no coincide nuestra doctrina legal con la del Código italiano (recuérdese lo dicho en la nota sobre compraventa).

Caso límite diferencial entre permuta y compraventa se resuelve en el art. 1.446 de nuestro Código civil, que cuando el precio en la compraventa, sea en parte en dinero y en parte en otra cosa, atendiendo en primer lugar a la intención de las partes, y si no pudiese inferirse, al mayor valor de la prestación en dinero sobre la cosa (compraventa o inversa (permuta).

Las cosas objeto de la permuta han de ser propias de los permutantes, y si una fuese ajena, produce efectos resolutorios respecto del contratante que acreditase ese extremo, el cual no podrá ser obligado a entregar la cosa que prometió y cumplir con devolver la que recibió (artículos 1.539, concordante con el 1.551 del Código civil italiano).

La evicción produce en ambos Códigos el mismo efecto (v. artículos 1.552 del Código civil italiano y 1.540 del Código civil español) alternativo, o la recuperación o derecho a percibir la indemnización de daños y perjuicios; mas el primer derecho sólo puede ejercitarse mientras la cosa subsiste en poder del otro permutante (requisito no exigido por el Código italiano) y sin perjuicio de los derechos adquiridos entretanto sobre ella con buena fe, por un tercero (idéntica doctrina art. 1.553 del Código italiano).

Con el art. 1.541 del Código civil español, concordante con el 1.555 del italiano, que declara aplicables a la permuta las disposiciones de la compraventa, termina el estudio de este contrato en el Código. A este artículo hay que oponerle algún reparo porque no cabe aplicarle la doctrina del precio, ni el abono de gastos de escritura primeras copias y demás posteriores a la venta ni la doctrina de los retractos legales (Sentencia de 7 de Junio de 1915). Así, pues, había que entender que las disposiciones de la compraventa serán aplicables a la permuta cuando, además de saltar precepto expreso en el Código, lo consienta la semejanza de ambos contratos.

(1) Bibliografía especial sobre todo referente al arrendamiento de cosas. Pothier, *Traité du contrat de louage*; Troplong, *De l'échange et du louage*, 1841; Guillouard, *Traité du contrat de louage*, 1841; Baudry-Lacantinerie y Wahl, *Contratto di locazione* (trad. it de Barassi, Milán, 1911);

e intelectuales) o la actividad de una persona encaminada a producir un cierto trabajo que se suele distinguir (como distinguían ya los romanos) en arrendamiento de cosas (*locatio conductio rerum*) en que el arrendador concede a otro el uso de una cosa o el goce de un derecho y el conductor (arrendatario, inquilino colono) promete en compensación una determinada suma de dinero (precio, merced, pensión, flete); un arrendamiento de obras (*l. c. operarum*), en la que el artífice, el operario, el trabajador, (arrendador) emplea durante un tiempo determinado una cierta energía de trabajo en favor de otro (conductor), a cambio de una cierta remuneración (salario, paga, honorarios); un arrendamiento de obra (*l. c. operis*), en la que una persona (arrendador, comitente) encarga a otro la ejecución de una obra, comprometiéndose a pagar a quien la ejecuta (conductor, empresario, contratista) un precio determinado.

El esfuerzo sintético que exige la inclusión en un esquema general de tipos contractuales tan diversos como son los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, de cosas muebles y de derechos, tales como los de caza y pesca o el de explotación de una mina, el arrendamiento de servicios manuales, la prestación de una obra, de un trabajo, el transporte, la construcción de un edificio, la pintura de un cuadro, se revela ya en la terminología que desde el Derecho romano no se prestaba a comprender de modo sintético las tres variedades fundamentales (en la *l. rei* y en la *l. operarum*, y es el arrendador, quien sabiendo prestar la cosa y los servicios, tiene derecho al canon, merced o precio del arrendamiento; en cambio, en la *l. operis* es el propio arrendador quien, encargando la obra que hay que ejecutar, debe pagar su precio al conductor). Pero tal dificultad se revela con mayor

Pacifici-Mazzoni, *Trattato delle locazioni*, 7.^a ed., Florencia, 1912; Polacco *Aperti sulle locazioni (Riv. it. p. le sc. giur.*, IV, 1887, 408 y siguientes); Simoncelli, *Tratt. della loc. dei fondi rustici e urbani*, Lanciano, 1892; Fubria, *Delle loc. inmob.*, Milán, 1900; *Il contratto di loc. di cose*, Milán, 1917; Abello, *Delle locazioni* (en la colección Fiore), 2.^a ed., Nápoles, 1916; Burckhardt, *Zur Geschichte der locatio conductio*, 1889, Henberger, *Die Sackmiethe nach dem Schweiz. Obligationenrecht*, 1889; Fuld, *Dei Mistrecht nach dem B. G. B.*, Leipzig, 1898.

fuerza aún en el derecho actual, en el que no sólo han aumentado notablemente las relaciones contractuales que debieran agruparse en el tipo de la *locatio rei* (concesión de un monopolio o exclusiva industrial, arrendamiento de una hacienda comercial, los diferentes contratos agrarios en todas sus formas de arrendamiento propio, aparcería, arrendamiento de ganados, etc.), sino que el tipo de la *locatio operarum* constituye actualmente uno de los más complejos, especialmente en su forma de contrato de trabajo y junto a éste ha surgido también el contrato de empleo, consistente en prestaciones continuadas de trabajo intelectual. Además los casos más conspicuos de *locatio operis*, como el transporte, el contrato de empresas, debido a la gran intensificación del tráfico y del comercio, ofrecen hoy una contextura muy diversa de las que ofrecían sus formas primitivas y rudimentarias.

La más moderna dirección científica exige que todas estas relaciones se distingan netamente rompiendo aquella unidad conceptual que sólo era concebible en un estado menos progresivo de las relaciones económicas y sociales. Y los Códigos más recientes, el civil alemán y el federal suizo de las obligaciones han dado de esta tendencia un notable ejemplo (1). Piénsese en lo atrasado que resulta nuestro Código, que imitando al francés, se ocupa en el título que trata del arrendamiento (artículos 1.568-1.696), de un modo prevalente, del arrendamiento de casas y fundos rústicos (artículos 1.571-1.626), silenciándose respecto al arrendamiento de cosas muebles y derechos cuya disciplina debe

(1) En efecto, este último, separando el arrendamiento de cosas de los demás que ni siquiera designa con este nombre, trata en títulos diversos del arrendamiento de casas y de muebles (*bail a loyer*, artículos 253-274) y del arrendamiento de fundos rústicos de ganados o de derechos productivos de utilidades (*bail a ferme*, *bail a cheptel*, artículos 275-304); el contrato de trabajo (*contrat de travail*, artículos 319-362), el contrato de empresa (*contrat d'entreprise*, artículos 363-379) el contrato de edición (artículos 380-393); el contrato de transporte (artículos 440-457). El Código alemán regula separadamente los arrendamientos de fundos urbanos y de cosas muebles (*Miethe*, §§ 535-580) y los de fundos rústicos y de derechos (*Facht*, §§ 581-697); el contrato de trabajo (*Dienstvertrag*, §§ 611-630), el contrato de empresa (*Werkvertrag*, §§ 631-631).

analógicamente deducirse de la que concierne al arrendamiento de inmuebles; regula separadamente algunos contratos agrarios, como la aparcería o colonia (artículos 1.647-1664) y el arrendamiento de ganados sin llegar a establecer una construcción genérica del contrato agrario; no conoce el contrato de trabajo y contiene sólo incompletas disposiciones respecto a los de transporte (artículos 1.629-1.633) y empresas (artículos 1.634-1.646), y más aún en la clasificación del arrendamiento en dos especies en lugar de las tres tradicionales (art. 1.568: «el contrato de arrendamiento tiene por objeto las cosas y las obras»), unifica agrupando en una sola especie la *locatio operarum* y la *l. operis* (artículo 1.570: «el arrendamiento de obras es un contrato en cuya virtud una de las partes se obliga a hacer una cosa en favor de la otra parte, mediante un cierto precio que ésta se obliga a pagar a aquélla») y sigue un criterio ilógico, ya que distingue en el arrendamiento de obras y de industria, tres especies: arrendamiento de servicios, el de cocheros y barqueros, el arrendamiento de obras por empresa o a destajo (art. 1.627).

Lagunas profundas y defectos de coordinación bastante graves son éstos, de los que se resienten las nuevas y complejas relaciones de la vida práctica que no hallan en la ley una regulación satisfactoria y en orden a las cuales la jurisprudencia recurre a la analogía frecuentemente. Estas lagunas resultan colmadas en parte por el Código de Comercio (por ejemplo, respecto al contrato de transporte: artículos 388-416) y por leyes especiales (así, por ejemplo, respectivamente a las empresas de obras públicas: la ley de 20 de Marzo de 1865 sobre obras públicas: artículos 325 y siguientes; respecto al contrato de trabajo: ley de 19 de Junio de 1902, núm. 242 relativa al trabajo de las mujeres y de los niños; el texto único de las leyes sanitarias de 1.º de Agosto de 1907, modificado por la ley de 17 de Julio de 1910, número 487, artículos 82-113; el Reglamento de 5 de Enero de 1911, núm. 41, concerniente a las Comisiones de conciliación para las controversias que surjan con ocasión del contrato de trabajo en los arrozales; el texto único de 31 de Enero de 1904, número 51, sobre accidentes del trabajo, etc.). Queda mucho

todavía por hacer, constituyendo esta labor a realizar objetivo importantísimo del legislador, especialmente en lo que se refiere a la regulación de los contratos agrarios y de los de trabajo y empleo.

I. *Arrendamiento de cosas*

Lo define el Código (art. 1.569) como un contrato por el cual una de las partes se obliga a ceder a la otra el goce de una cosa por un tiempo determinado y mediante un cierto precio que éste se obliga a pagarle. Tres son sus elementos esenciales: goce de una cosa determinada, el precio del arrendamiento (en las casas alquileres, en los muebles flete) que representa la compensación, y el consentimiento de las personas capaces.

a) *Consentimiento*.—Debe recaer en el goce de una cosa que puede consistir en la apropiación de los frutos o en el mero uso de la cosa y en el precio. No cabe distinguir aquí como en la compraventa, el acuerdo preliminar dirigido a la futura estipulación del arrendamiento y el acuerdo constitutivo del contrato: la promesa bilateral vale como arrendamiento, ya que aquí no hay transmisión de dominio ni constitución de un derecho sobre la cosa cuya realización pueda aplazarse para ulterior momento mediante otro acto consensual (1).

El arrendamiento genera en el conductor un derecho personal o de crédito; no se halla con la cosa en una relación jurídica inmediata y directa como el titular de un *jus in re*, sino en una relación mediata e indirecta, no pudiendo derivar el goce que le es otorgado más que de la voluntad del arrendador, el cual debe concedérselo como objeto de la propia prestación, estando obligado en todo momento a mantener la cosa en estado de que pueda servir al uso a que se la destina (art. 1.575).

En la doctrina alemana se acusa una fuerte tendencia a construir la relación del conductor con la cosa como un derecho de carácter real; pero semejante construcción no es aplicable al de-

(1) Zachariae, *Man.* II, § 344, núm. 5.

recho italiano. No es síntoma de la *realidad* de la relación la eficacia reconocida al arrendamiento frente al comprador de la cosa arrendada (art. 1.597); razones de utilidad pública y de equidad justifican esta norma (que no es aplicable a los arrendamientos mobiliarios) (1), así como no parece tampoco decisivo para modificar el carácter de la relación la obligación de la transcripción impuesta para los arrendamientos que excedan de nueve años (art. 1.932, núm. 5) (2).

Es capaz para arrendar la persona que tiene capacidad para realizar actos de administración. Pero como quiera que en los arrendamientos de larga duración hay una disposición que compromete el futuro y disminuye notablemente el valor actual de la cosa, los que exceden de nueve años no pueden constituirse por las personas que no tienen capacidad para realizar actos de administración extraordinaria, como, por ejemplo, el menor emancipado (3). Por otra parte, en cuanto consiste en la atribución de un mero derecho de goce, el negocio jurídico no exige, como la venta, que la cosa arrendada sea de propiedad del arrendador; es, por consiguiente, válido el arrendamiento de cosa ajena (4); sin embargo, como el propietario no está obligado a reconocerlo, hace responsable al arrendador, cuando lo desconozca.

b) *Cosa*.—Toda cosa que esté en el comercio y no sea consumible puede ser arrendada, lo mismo que todo derecho cuyo ejercicio pueda ser cedible. El Código no se ocupa expresamente de las cosas muebles, se ocupa únicamente del arrendamiento de los fundos urbanos (*bail a loyer, Pacht*) y de los rústicos (*bail a ferme, Niethé*), se refiere únicamente a los muebles que cons-

(1) Zachariae, *Man.* II, § 349, núm. 30; Barassi en Baudry-Lacantinerie; *Locazioni* I, pág. 1.087.

(2) Así la casi totalidad de los autores, véase en Pacifici *Ist.* V, página 364, nota a.

(3) Si tal arrendamiento se efectúa es nulo por razón de la incapacidad: Fubini, *Appunti sull'art. 1.572, c. e.* (*Riv. dir. romm.*, 1917, II, páginas 257 y siguientes) *Contr. di loc.*, 1, números 109 y siguientes.

(4) Contra Fubini, *Loc.*, pág. 208; Venzi en Pacifici, *Ist.* V, página 368, nota e.

tituyen el menaje de una casa, y declara que cuando la duración del arrendamiento de los mismos no haya sido objeto de pacto expreso, se entenderá que es durante el tiempo por el que según la costumbre del lugar se suelen arrendar las cosas (art. 1.607).

Los principios generales en que se basan las normas concernientes a los predios son comunes a toda especie de arrendamiento.

Del mismo modo que las cosas aisladamente, son también susceptibles de arrendamiento los conjuntos de las cosas, las *universitates*: ejemplo típico de estos arrendamientos lo es el arrendamiento de una hacienda o fondo comercial. Aplicando el principio general según el que en los conjuntos lo que verdaderamente tiene importancia es el todo y no los elementos integrantes en su singularidad, objeto de tales arrendamientos será el goce del todo como unidad, independientemente (desde el punto de vista jurídico) de sus elementos componentes: será, pues, posible que el arrendamiento recaiga en cosas consumibles si éstas forman parte del todo, como sucede con las pertenencias de un fundo (1).

Tampoco puede negarse el carácter de arrendamiento a aquellos en los cuales la cosa pueda, sin deteriorarse, ser objeto de goce, o cuando éste consista en la apropiación de los productos de la cosa, aun agotándose su productividad. Ejemplo de este último caso lo es el arrendamiento de canteras o minas, en el que algunos autores equivocadamente quieren ver un contrato de venta de minerales (2).

Cualquiera que sea el carácter del goce a que la cosa es destinada por su naturaleza o por convenio de las partes, resulta necesariamente temporal en cuanto a su duración: una separación perpetua del dominio y del goce privaría al primero de todo valor y perjudicaría a la economía general. Y no sólo es

(1) Simoncelli, *Locazioni*, pág. 81; Barassi en Baudry-Lacantinerie, *Locazione I*, páginas 1.004 y siguientes

(2) Así, por ejemplo, Simoncelli *Locazione di cava o miniera (Foro it.*, 1896, pág. 390); Abello, *Locazione*, pág. 88; Barassi, *Sulla natura giur., della concessione di miniera (Legge. 1904, pág. 2.109)* y en Baudry-Lacantinerie, *Locazione I*, páginas 992 y siguientes.

temporal por naturaleza, sino que la ley, atendiendo al interés público—para que la propiedad no resulte vinculada por demasiado tiempo—prescribe máximos de tiempo y niega eficacia a todo pacto que tienda a sobrepasarlos (art. 1.571). El término máximo en los arrendamientos inmobiliarios es de treinta años, y si las partes hubieren pactado un término más largo deberá reducirse a aquél. Constituyen excepciones, de una parte las casas-habitaciones, con respecto a las cuales puede establecerse arrendamientos que duren toda la vida del inquilino y aun dos años después de muerto éste; de otra, los terrenos incultos, cuyo arrendamiento puede durar hasta cien años si se constituyó con el pacto de cultivar dichos terrenos (1).

c) *Precio*.—Carácter necesario de la contraprestación debida por el conductor es la de ser cierta y determinada. Una indeterminación relativa no perjudica cuando del mismo contrato se deduzcan los elementos necesarios para su ulterior determinación. No es, en cambio, requisito esencial que la merced consista en una suma de dinero, aunque normalmente consiste en tal; puede, concurriendo con ésta o exclusivamente, consistir en frutos o productos de la misma cosa objeto del arriendo (lo que ocurre con frecuencia en los fundos rústicos) o en otras substancias que no sean producto de la cosa. Ahora bien, cuando el canon o merced consiste en frutos o productos, su cantidad puede ser una *pars quantà*, es decir, absolutamente determinada, o una *pars quota*, o sea una parte alícuota de la producción del fundo (2). No debe olvidarse que en este último caso la determi-

(1) Si la ley no establece límite alguno en orden a los arrendamientos mobiliarios se explica tal silencio por la menor vida y menor capacidad productiva de las cosas muebles.

(2) Ferrini, *Pand.*, pág. 699, núm. 1 y en *Arch. f. dir. civ. Praxis* LXXXI, 1893, páginas 1 y siguientes, ha demostrado que en la parte alícuota de la producción del fundo hay determinación y certeza del precio. Contra el Waaser *Ueber die colonia partitaria* y nuestros civilistas Fubini, *Locazione*, pág. 235; Barassi en Baudry-Lacantinerie, *Locazione I*, pág. 983; Venci en Pacifici, *Ist. V*, pág. 369. n. f. En confirmación de la tesis mantenida en el texto, confróntese el art. 1.619 que admite la hipótesis de un arrendamiento de fundos rústicos en que al arrendador corresponde una cuarta parte de los frutos en especies.

nación por cuota de la merced, introduce con la participación del arrendador en los beneficios de la hacienda agrícola, un elemento propio de la sociedad y aproxima este contrato al de la colonia si no lo transforma en ésta.

El contrato origina en las partes una doble serie de obligaciones.

A. *Obligaciones del arrendador*

a) Debe el arrendador ante todo *entregar la cosa arrendada* al conductor con todas sus acciones y en buen estado, es decir, en condiciones que pueda servir al uso para el cual fué arrendada (art. 1.575, núm. 1, 1.576, párrafo 1.º). Que la entrega no genera en el accipiente un derecho real fué ya dicho; tampoco genera en su favor una posesión legítima, puesto que falta (por la obligación de restituir, impuesta al conductor) el ánimo de tratar la cosa como propia.

b) En segundo término el arrendador está obligado a *mantener la cosa* en el estado que permita utilizarla en el uso para que fué arrendada (art. 1.575, núm. 2). Esto implica por una parte que el arrendador, aun habiéndose reservado la facultad de vigilar (dentro de los límites que son propios de la protección de su propiedad) y controlar el uso que el conductor haga de la cosa, no puede, mientras dure el arrendamiento, alterar la forma ni introducir modificaciones que cambien el destino económico de la cosa (art. 1.579); por otra parte corren a cargo del arrendador todas las reparaciones necesarias para que pueda continuar destinándose la cosa al uso convenido, salvo aquellas menores que según la costumbre deban correr a cargo del conductor (art. 1.576, párrafo 2.º). En el conflicto que surge entre la obligación de reparar impuesta al arrendador y el derecho del conductor a no ser impedido ni turbado, en el que goce de la cosa por efecto de las reparaciones que deben hacerse en ella, la ley adopta una solución equitativa: impone al conductor la obligación de sufrir la molestia ocasionada por la reparación, siempre que ésta sea urgente y no aplazable al tiempo de cesar

el arrendamiento, aun cuando por ella fuese privado de una parte de la cosa; obliga al arrendador a disminuir la merced, proporcionalmente al tiempo y a la parte de la cosa, de la cual el conductor fué privado. Si las reparaciones se prolongan más allá de veinte días, dejando a salvo (según las circunstancias), la posibilidad de resolver el contrato si por efecto de la reparación se hace inhabitable la parte de la casa destinada a la habitación del conductor (art. 1.580).

Se sobreentiende que el arrendador debe prestar la cosa con las *cualidades prometidas*. También está obligado, como ocurre en la venta a *prestar garantía por los vicios y defectos de la cosa* que impidan el uso de la misma, aun cuando no los conociese el arrendador al tiempo de celebrarse el contrato (art. 1.577). Los vicios deben naturalmente ser ocultos; de los aparentes el arrendador no responde; su existencia da derecho a pedir la resolución del contrato (art. 1.595), a lo que puede añadirse la obligación de indemnizar los daños causados al conductor, siempre que aquellos vicios fuesen conocidos por el arrendador (art. 1.577, párrafo 1.º).

c) Finalmente el arrendador deberá *garantizar al conductor el pacífico goce de la cosa durante todo el tiempo del arrendamiento* (art. 1.575, núm. 3). Lo cual implica que el arrendador debe defender al conductor contra los ataques y molestias de los terceros en cuanto se originen en un pretendido derecho sobre la cosa y no sean meros ataques por vía de hecho (art. 1.581). En orden a estos últimos, el conductor puede defenderse posesoriamente ejercitando la acción recuperatoria o de reintegración, cuando concurren los requisitos exigidos (art. 695) y la acción de resarcimiento de daños contra el autor (art. 1.151). De tales ataques y molestias deriva una responsabilidad directa del arrendador frente al conductor, porque en cuanto son ocasionados por la propiedad o por un derecho real que se pretende tener sobre la cosa o por un mejor derecho que el que corresponde al arrendatario, evidencian un defecto del derecho del arrendador en el momento de celebrarse el contrato. El concepto del cual deriva dicha responsabilidad es el mismo al que responde

la obligación de garantía por evicción que funciona en la venta, y que es también aplicado aquí, si bien el arrendamiento no confiere al conductor derecho real alguno. Por consiguiente, la responsabilidad surge aquí también, aun cuando el arrendador ignorando el vicio de su propio derecho no hubiere incurrido en culpa. Se manifiesta en la obligación de asumir el juicio contra el tercero, impuesta al arrendador apenas el conductor le haya denunciado las molestias o impedimentos que se oponen al libre goce de la cosa y en la de reducir proporcionalmente el canon o merced si una parte de la cosa fué objeto de evicción, más la indemnización del daño (artículos 1.581-1.582) (1).

B. *Obligaciones del conductor*

a) Obligación fundamental es la de *pagar el precio* en los términos y modos convenidos (art. 1.583, n. 2) con pago único o por fracciones. De la naturaleza sinalagmática de la relación y del carácter de compensación que la contraprestación tiene, se deduce que el conductor puede rehusar el pago de la merced si la otra parte no le procura el goce o no cumple las demás obligaciones que le incumben, como la de reparar la cosa cuando ésta perece; en el caso de perecimiento total, el contrato queda resuelto de pleno derecho; si el perecimiento es parcial, se otorga al conductor la facultad de demandar a su elección, y según las circunstancias o la reducción proporcional de la pensión o la resolución del contrato con la indemnización del daño si la cosa pereció por culpa del arrendador (artículos 1.578, 1.595).

Pero este derecho a pedir la resolución corresponde al arrendador cuando sin motivo justificado el conductor deja de pagar el canon (art. 1.595, párr. 1.º).

b) El arrendatario deberá *servirse de la cosa arrendada*

(1) Este es el motivo principal por el que algunos autores (por ejemplo, Polacco, *Riv. it. p. le sc. giur.*, IX, pág. 183 y Hasenhörl *Obligationenrecht*, pág. 435) niegan la aplicación de la garantía por evicción al contrato de arrendamiento. Contra su tesis véanse las agudas observaciones de Barassi en Baudry-Lacantinerie, *Locazione I*, páginas 1.052-1.065.

como un buen padre de familia y servirse de ella para el uso que fué determinado en el contrato, o que se presume querido por las partes cuando éstas nada hubieren declarado (art. 1.583, n. 1)

De su deber de conservar la sustancia de la cosa y de no alterar su destino económico, deriva que cualquier cambio en éste es prohibido por la ley y determina en la otra parte el derecho a pedir la resolución, especialmente en el caso que de tal cambio derivara un daño; se deduce también que debe custodiar la cosa, y está obligado, bajo conminación de abonar perjuicios y gastos, a advertir al arrendador de las usurpaciones cometidas por los terceros (art. 1.587); debe también el arrendatario conservar la cosa y por ello responder de las pérdidas y deterioros de la misma experimentados durante su goce, a no ser que pruebe la inimputabilidad del hecho que los provocara (artículo 1.588).

Con la obligación de la *custodia* y de la *diligencia* que debe observar en vigilar la cosa, se relacionan los preceptos especiales de la ley relativos a la responsabilidad en caso de *incendio del edificio arrendado*. Resolviendo antiguas controversias acerca de esta responsabilidad y de la carga de la prueba, el Código impone sin más al inquilino la obligación de resarcir el daño causado por el incendio y le *exime* de esta obligación cuando pruebe que aquél ocurrió por caso fortuito o fuerza mayor, o por defecto de construcción, o cuando pruebe que el incendio no pudo evitarse, no obstante haber desplegado la inteligencia propia de un buen padre de familia, o que provino por propagación del incendio de una casa o fundo vecinos (art. 1.589). Esto no quiere significar que el fundamento de la responsabilidad sea una presunción de culpa en el inquilino; puesto que el incendio no es en sí y por sí un caso fortuito, la ley (si bien en algunos casos considera el incendio como tal) ha querido aquí excluir que la simple alegación del incendio sirva para exonerar al inquilino, y ha querido agravar su condición imponiéndole la carga de la prueba de una causa del incendio no computable a él (1).

(1) Los autores no se muestran acordes acerca del modo de cons-

La norma es completada por otra contenida en el art. 1.590 que se refiere al caso de una casa habitada por varios inquilinos: todos ellos resultan obligados por el incendio, no solidariamente (como dispone el art. 1.734 del Código francés), sino cada uno en proporción a la parte por él ocupada.

Sin embargo, cada inquilino puede liberarse de esta responsabilidad: o probando que el incendio se inició en una de las habitaciones por ellos ocupadas, en cuyo caso sólo responde el inquilino que la ocupa, o probando que el incendio no comenzó en la habitación por él ocupada, en cuyo caso sólo él queda exonerado de responsabilidad.

Con los límites establecidos y siempre que un pacto expreso no lo prohíba al conductor, puede éste transferir a otros el goce de la cosa arrendada. En efecto, si bien el negocio jurídico que el arrendamiento entraña tiende a la satisfacción de una necesidad del arrendatario, tal negocio no concede un goce estrictamente personal; no es esencial al contrato el que el arrendatario use personalmente de la cosa, ni se opone a los principios jurídicos o económicos el que otras personas, por mediación del conductor, la disfruten para el propio provecho. Cuando el arrendador atribuya una decisiva importancia al uso personal exclusivo del arrendatario, puede protegerse este efecto querido por el arrendador mediante una prohibición absoluta o relativa que establezca como condición precisa para la eficacia de la cesión del arrendamiento o del subarriendo el consentimiento del arrendador (art. 1.573). Por estos dos medios se opera la transmisión del goce de la cosa a otras personas. Sin embargo, la *cesión del arrendamiento* y el *subarriendo* son negocios distintos que el Código trata paralelamente sin confundir. La primera es un caso particular de la cesión de derechos: subsistiendo el

truir esta responsabilidad y las relaciones de la norma especial con los principios generales. Muchos autores franceses la conciben como una presunción legal de culpa y como una derogación de los principios generales. La gran mayoría de los italianos excluyen la presunción y la derogación: Zachariae, *Man.* II, pág. 541, núm. 8; Baudry-Lacantinerie *Locazione* I, páginas 582 y siguientes; Abello, *Locazione*, pág. 328, Venzì en Pacifici, *Ist.* V, pág. 375.

primitivo contrato de arrendamiento ocupa el cesionario la posición contractual del conductor, pudiendo ejercitar las acciones que a éste corresponden contra el arrendador, el cual a su vez puede actuar contra el cesionario (sin perder su acción contra el deudor originario: asunción cumulativa), haciendo valer sus créditos derivados del arrendamiento; entre conductor y cesionario las relaciones se regulan por las normas propias de la cesión.

En cambio el subarriendo es un nuevo contrato de arrendamiento que se añade al precedente y que por lo general no origina relaciones directas entre el primer arrendador y el subarrendatario; en cambio las relaciones entre subarrendador y subarrendatario se rigen por el contrato de subarriendo. Sin embargo, por la protección debida al arrendador y por el principio según el cual todo acreedor puede valerse de los créditos de su propio deudor, la ley obliga al subarrendatario a pagar al arrendador no satisfecho de su crédito el precio convenido en el subarriendo que deba al tiempo de establecerse la demanda, sin que le exima de esta obligación el alegar y probar que pagó anticipadamente (art. 1.574) (1).

c) El conductor está obligado a *restituir la cosa* una vez terminado el arrendamiento, y debe restituirla en el estado mismo en que se hallaba la cosa cuando la recibió, conforme a la descripción que de la misma se hiciera al celebrarse el contrato (artículo 1.685), presumiéndose que se recibió en buen estado si tal descripción no hubiere sido hecha (art. 1.586). No responde, sin embargo, del perecimiento o deterioros de la cosa por vetustez o fuerza mayor.

Fin del arrendamiento.—De las causas que hacen cesar el arrendamiento, algunas se refieren a la bilateralidad del contrato y no son otra cosa que aplicaciones del principio de la condición resolutoria tácita por incumplimiento de las obligaciones recíprocas; otras se refieren a la necesidad de la existencia de la cosa o a la esencial temporalidad de la relación.

(1) Sobre este asunto véase Simoncelli, *Sublocazione e cessione dell'affitto* (*Arch. giur.*, XLIX, 1892, páginas 269 y siguientes); Kantorowicz, *Die Lehre von der Untermiethe*, Berlín, 1901; Barassi en Baudry-Lacantinerie, *Locazione* I, páginas 997, 1.004, 1.009-1.046.

a) Por *incumplimiento* de una de las partes puede la otra parte demandar la resolución del contrato conformemente al artículo 1.165 (art. 1.595); son, por tanto, causas específicas de extinción: la falta de pago de la pensión; abuso que haga de la cosa el arrendatario de una parte; de otra la omisión de la obligación de reparar que haga inservible la cosa para el uso que se destina; la existencia de vicios que impidan el uso de la misma, la omisión o esterilidad de la defensa del conductor por el arrendador para mantener a aquél en el goce pacífico de la cosa.

b) Por *percepción total* de la cosa se resuelve de derecho el contrato (artículos 1.578, 1.595). Pero esto debe entenderse del percimiento que es efecto del caso fortuito, ya que si la causa es imputable a una u otra de las partes, el vínculo contractual no se extingue, sino que sufre una transformación en su contenido, substrando la prestación del *id quod interest* en lugar de la del goce o de la merced. De la prosecución del arrendamiento no puede hablarse aquí, porque el tratar de ella no tendría objeto (1); podría razonarse sobre esto en el caso de percimiento parcial en que se atribuye al arrendatario la facultad de pedir la reducción del precio o la resolución del contrato.

c) Por *expirar el término* cuando el arrendamiento se hubiere hecho por tiempo determinado, la subvención tiene lugar de pleno derecho sin que precise el previo despido por el arrendador (art. 1.591). Sin embargo, para evitar demoras perjudiciales en la restitución de la cosa, el legislador, en auxilio del arrendador, creó la ley de 24 de Diciembre de 1896, núm. 547 sobre las intimaciones para obtener el abandono de inmuebles; esta ley, al mismo tiempo que para dicha intimación, autoriza al arrendador para convalidar aquélla mediante una citación, contando de este modo con un procedimiento rápido, con un título ejecutivo, para conseguir en el momento en que el arrendamiento se extinga la pronta restitución del inmueble. Pero si

(1) Solamente en este sentido puede admitirse lo afirmado por los tratadistas, según los cuales, el percimiento total produce la resolución del contrato aunque haya culpa. Pacifici, *Ist.* V, pág. 283; Zachariae, *Man.* II, pág. 548, núm. 1. El modo de expresarse estos autores no es enteramente correcto.

habiendo expirado el término de duración del arrendamiento el conductor continúa en posesión del inmueble sin haberle sido intimado el despido, el arrendamiento se considera renovado (*tácita reconducción*, artículos 1.592, 1.593). Se trata aquí de una manifestación tácita de voluntad que se deduce de la conducta unívoca de las dos partes y que da lugar no ya a una mera prórroga del contrato, sino a un arrendamiento nuevo que, por lo demás, está sujeto a idénticas condiciones que el precedente excepto en lo que a la duración se refiere, pues la tácita reconducción se rige por las normas propias del arrendamiento sin término.

Estas normas—relativas al arrendamiento no sujeto a término—se hallan contenidas en el Código entre las propias de los arrendamientos de fundos rústicos o de casas. Respecto a las casas rige el principio de cada una de las partes; puede determinar la cesación del arrendamiento dando aviso a la otra (1), pero, por otra parte, éste no puede darse sin observar los términos establecidos por la costumbre local (art. 1.609); en cambio, en el arrendamiento de habitaciones amuebladas son decisivos en cuanto a su duración los períodos en que se estipuló pagar la pensión o alquiler (por años, meses, días), y cuando tal estipulación falta suplen los usos locales (art. 1.608). Respecto a los fundos rústicos el arrendamiento se considera duradero por todo el tiempo que es necesario para que el arrendatario recoja todos los frutos (art. 1.622), extinguiéndose de pleno derecho cuando dicho término transcurre (art. 1.623). Finalmente, en orden a las cosas muebles, la ley no establece norma alguna si no es relativamente a los muebles que se proporcionan para amueblar una casa (art. 1.607). En cuanto a otras cosas, deberá recurrirse por analogía a los principios que regulan el arrendamiento inmobiliario y habrá que tener en cuenta la costumbre, los perío-

(1) No recayendo consentimiento sobre una duración preestablecida, se estima que aquél se renueva en cada momento en tanto una declaración contraria no determine su cesación. En tal sentido puede hablarse de un desistimiento unilateral, si se quiere, pero en realidad se trata de un consentimiento que la parte no quiere prestar y es libre de no prestar.

dos de pago del alquiler, las utilidades que la cosa ofrece y el tiempo mínimo necesario para su utilización.

d) Por el contrario, no es causa de extinción en nuestro Derecho la *venta de la cosa arrendada* y en general la enajenación de la misma por el arrendador.

Contra este principio impera el acogido en el Derecho romano expresado en aquella sentencia *emptio tollit locatum*: «la venta rompe el arrendamiento». Pero conviene entender el significado preciso de la misma, pues en abstracto puede expresar dos cosas bien distintas: o que la enajenación hecha por el arrendador rompe la relación arrendaticia respecto al adquirente, el cual, por este motivo, no está obligado a mantener al conductor en el goce de la cosa, sin que por ello se extinga el arrendamiento entre arrendador y arrendatario, originándose la responsabilidad del primero, que se traduce en la obligación de abonar al segundo el *id quod interest* cuando el comprador expulse a éste último; o también que la enajenación influya directamente en el negocio arrendaticio en cuanto que es causa de la extinción del contrato determinando la resolución del vínculo existente entre el arrendador y arrendatario sin responsabilidad alguna del primero frente al segundo.

Ahora bien, por vía de principio, jamás la venta de la cosa arrendada puede producir este último efecto de no obligar al comprador liberando al arrendador: la relación arrendaticia no puede resultar influenciada por un acto de enajenación que es extraño al arrendatario, frente al cual el arrendador no puede liberarse por su sola voluntad; la relación subsiste, pues, y por esto, si el arrendador con la venta se sitúa en la imposibilidad jurídica de continuar la prestación, la obligación se perpetúa trasmutando su primitivo objeto en la prestación del *id quod interest* cuando el comprador expulse al arrendatario. La regla «la venta rompe el arrendamiento» expresa—en su común y tradicional acepción—que el acto de enajenación rompe el arrendamiento con respecto al adquirente, o, mejor dicho, no genera en éste obligación alguna frente al arrendatario, el cual puede ser desahuciado por dicho comprador, quedando íntegra la res-

ponsabilidad contractual del arrendador derivada del incumplimiento. En este sentido se aplicaba dicha regla en el Derecho romano (1). Y debiera aplicarse igualmente en cualquiera otro ordenamiento que, como el nuestro, no atribuye al arrendatario un derecho real o un derecho protegido frente a los terceros; la enajenación, siendo como es extraña al arrendatario en sus relaciones con el arrendador, hace que el adquirente sea extraño también a la precedente relación arrendaticia sin que este último suceda al vendedor en sus obligaciones y sí solamente en su derecho de dominio; por eso entre el derecho real (propiedad) del adquirente y el derecho personal del arrendatario, debe prevalecer aquél.

Pero el Código italiano siguiendo la pauta del francés, ha estimado conveniente seguir otro camino otorgando al arrendamiento eficacia frente al adquirente, como si aquél generase un verdadero derecho real (2). Con otras palabras, mientras en el Derecho romano rige el principio de que la venta no obliga al comprador sin liberar tampoco al arrendador, en el derecho italiano rige el principio inverso: la venta obliga al comprador y libera al arrendador en cuanto éste se considera subrogado, tanto en el lado activo como en el pasivo por el comprador (3).

(1) Windscheid, *Pand.* II, 2, § 400, n. 7.

(2) Y esto precisamente ha sido aducido por algunos autores como argumento para afirmar la naturaleza real del derecho del arrendatario, pero erróneamente, porque el art. 1.597 es de carácter excepcional y tiene una significación peculiar.

(3) Así lo declara expresamente el Código civil alemán, el cual ha adoptado (§§ 571-580) el principio, según el cual, la enajenación no rompe el arrendamiento § 571. «Si el fundo arrendado es luego de haber sido entregado por el arrendador al arrendatario, vendido a un tercero, el adquirente subentra en el lugar del arrendador en cuanto a los derechos y obligaciones nacidas de la relación arrendaticia durante el tiempo de su dominio». El Código suizo de las obligaciones adopta el principio opuesto, art. 259: Si después de la conclusión del contrato, la cosa arrendada es vendida por el arrendador o éste resulta privado de aquélla por el procedimiento de ejecución o quiebra, el conductor no puede pretender del tercero que no se haya obligado a respetar el arrendamiento la continuación de éste, pero el arrendador está obligado al cumplimiento del contrato o al resarcimiento del daño. Sin embargo, en el arrenda-

La norma imperante es la de que el adquirente (1) está obligado a respetar el arrendamiento (art. 1.597), a no ser que el vendedor se hubiere reservado en el contrato de arrendamiento la facultad de resolver éste en caso de venta (art. 1.599). Precisa una rigurosa prueba de la preexistencia del arrendamiento y la prueba no puede ser otra que exhibir la escritura del contrato de arrendamiento, provista de fecha cierta y anterior a la venta (artículo 1.597). Sin embargo, en defecto de tal escritura, puede recurrirse a la posesión del arrendatario, siempre que se hubiera iniciado con anterioridad a la venta, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento por el tiempo durante el cual se entienden hechos los arrendamientos en que no se determina su duración (art. 1.598); el arrendatario licenciado tiene derecho a que el arrendador le indemnice el perjuicio (art. 1.601).

e) Tampoco es causa de resolución la muerte de uno u otro de los contrayentes (art. 1.596), y esto constituye una prueba de la impersonalidad del goce que el arrendamiento otorga, ya que la finalidad del contrato no se pierde aunque el titular de dicho goce muera. Pero el rigor de este principio puede determinar graves consecuencias; tanto en el arrendamiento de la casa habitación como en el de los campos, puede la muerte del arrendatario cabeza de familia hacer excesivamente onerosa para los huérfanos la prosecución del arrendamiento, y si bien en la práctica tales arriendos se resuelven por voluntad del arrendador, precisan las oportunas providencias legislativas que se inspiren en la equitativa conciliación de los opuestos intereses de ambas partes.

f) Finalmente ni siquiera la necesidad del arrendador de recuperar el goce de su cosa sería motivo bastante para resolver contrato. Así lo dispone la ley expresamente, respecto a los

miento de inmuebles, cuando el contrato no autorice una más pronta resolución, el tercero debe respetar el contrato hasta que se pueda legalmente efectuar el deshaucio y si no lo efectúa se entiende que subentra en el contrato. Ver también el art. 281.

(1) El Código (artículos 1.597 y siguientes) habla de *vendedor*, pero se debe entender que la venta se toma aquí como paradigma de toda enajenación; el art. 1.601 habla de *adquirente* en general.

arriendos de casas en el caso de que el arrendador quiera habitar él mismo la casa arrendada (artículos 1.612, 1.613); pero tal norma debe extenderse a cualquiera otra especie de arrendamiento.

A las normas hasta aquí expuestas que tienen carácter general y son por ello aplicables a toda clase de arrendamientos, el Código ha estimado oportuno añadir, atendidas las diversas peculiaridades que la materia ofrece, ciertas disposiciones especiales, de las cuales algunas hacen referencia a los arrendamientos de predios urbanos (1), otras a los arrendamientos de predios

(1) Una de las materias que ha sufrido más durante la guerra los efectos de la legislación excepcional ha sido el arrendamiento de casas y de predios rústicos. La escasez de viviendas, la necesidad de asegurar a las familias de militares el goce tranquilo de las casas que tuvieran tomadas en arriendo, la necesidad de impedir las perturbaciones que pudieran debilitar la resistencia en la lucha, fueron causa de que se dictaran disposiciones excepcionales que prorrogaban de derecho los arrendamientos y que autorizaban a los militares o a sus familias a reducir a la mitad los alquileres que pagasen, aplazando el pago de la otra mitad, con otras concesiones de favor (Decreto-ley de 3 de Junio de 1915, número 788; Decreto-ley de 22 de Agosto de 1915, núm. 1.254; Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1915, núm. 1.852; Decreto-ley de 10 de Agosto de 1916, núm. 1.044; Decreto-ley de 26 de Diciembre de 1916, núm. 1.769; Decreto-ley de 4 de Febrero de 1917, núm. 199). Estas ventajas y especialmente la consistente en el derecho del inquilino a prorrogar el arrendamiento incluso contra la voluntad del arrendador, fueron luego, debido principalmente a la crisis de la vivienda, extendidas a todos (Decreto-ley de 30 de Diciembre de 1917, núm. 2.046, parcialmente modificado por el Decreto-ley de 11 de Agosto de 1918, núm. 1.076). Pero como al mantener subsistentes los pactos originarios y en particular la cuantía de la pensión o alquiler que actualmente es muy bajo por el aumento de todos los precios y la devaluación de la moneda, se sacrificaba demasiado a los arrendadores propietarios de los inmuebles, se autorizó a éstos paulatinamente para elevar el alquiler durante la prórroga coactiva aunque dentro siempre de ciertos límites (Decreto-ley de 27 de Marzo de 1919, núm. 370; Decreto-ley de 18 de Abril de 1920, núm. 477; Decreto-ley de 3 de Abril de 1921, núm. 331). Estas disposiciones fueron completadas por otras relativas a los arrendamientos de locales para tiendas, establecimientos comerciales y oficinas (Decreto-ley de 24 de Abril de 1919, núm. 639; Real decreto de 15 de Agosto de 1919, núm. 1.514; Decreto-ley de 3 de Abril de 1921, núm. 331; Decreto-ley de 28 de Julio

rústicos (1). De ellas alguna ha sido ya citada. Las otras establecen, en orden a los predios urbanos:

de 1921, núm. 1.032), a los arrendamientos de los predios de la ciudad de Roma (Decreto-ley de 24 de Abril de 1919, núm. 618), a la percepción coactiva de los alquileres (Decreto-ley de 15 de Abril de 1917, núm. 634), a la prórroga concedida a los militares para pagar la mitad aplazada de los alquileres (Decreto-ley de 27 de Enero de 1919, núm. 76; Decreto-ley de 20 de Febrero de 1919, núm. 192), a la regulación del conflicto surgido de la obligación del arrendador de suministrar calefacción (Decreto-ley de 8 de Marzo de 1917, núm. 403; Decreto-ley de 2 de Noviembre de 1917, número 1.783); por vía general y para mitigar las dificultades de los ciudadanos y viajeros por razón de tan grave crisis se instituyeron comisarios gubernativos especiales dotados de amplias facultades en todo lo relativo a alquileres, pudiendo privar a los arrendadores del derecho de elegir el inquilino e imponerle éste (Decreto-ley de 4 de Enero de 1920, número 1; Decreto-ley de 16 de Enero de 1921, núm. 13).

Todas estas disposiciones han sido derogadas más tarde y sustituidas por el Decreto de 7 de Enero de 1923, núm. 8 (completado por los Decretos-leyes de 9 de Julio de 1923, núm. 1.476; de 16 de Diciembre de 1923, núm. 2.661; 22 de Febrero de 1924, núm. 256; 20 de Octubre de 1924, número 1.621) que abolió dicho régimen templando, sin embargo, el principio de la contratación libre con algunas restricciones temporales de cuanto a la prórroga forzosa del arrendamiento o en cuanto a la determinación de la pensión.

Disposiciones especiales fueron dictadas en favor de los arrendatarios de edificios destinados a fondas a fin de proteger la industria hotelera y de impedir la destrucción de las instalaciones; tales son, por ejemplo, la prórroga quinquenal de los arrendamientos, forzosa para el arrendador, el aplazamiento de la mitad de la pensión, la prórroga de los mutuos hipotecarios en favor de los herederos (Decreto ley de 20 de Junio de 1915, núm. 888); luego no en favor de todos los hoteleros (porque no todos los hoteles se cerraron sino que muchos de ellos incrementaron sus negocios), sino sólo de aquellos que hubieren experimentado una disminución en sus ingresos (Decreto-ley de 3 de Enero de 1918, núm. 12; Decreto-ley de 11 de Agosto de 1918, núm. 1.076). Análogos preceptos fueron dictados en favor de las personas que ejercían la industria dulcera extendiendo a ellos los beneficios otorgados a los hoteleros en compensación a haberseles prohibido el comercio de tales géneros (art. 4.º del Decreto-ley de 8 de Marzo de 1917, núm. 371; art. 11 del Decreto-ley de 3 de Enero de 1918, núm. 12; con las restricciones que derivan del Decreto ley de 11 de Agosto de 1918, núm. 1.076).

(1) También en orden a los arrendamientos de fundos rústicos y en general a los contratos agrarios fué muy fecunda la legislación de guerra

1) La obligación del inquilino de amueblar la casa suficientemente o de dar en defecto de esto, garantizar de modo bastan-

que introdujo temporalmente profundas derogaciones del Derecho común. Tales providencias excepcionales se inspiraron en la necesidad de asegurar la tranquilidad plena a las familias de militares y luego a todos los arrendatarios y en la de que no disminuyera sino en que aumentara la producción de la tierra. También se otorgó a los inquilinos y arrendatarios la ventaja de la prórroga coactiva de los contratos, manteniendo firmes los alquileres y pactos convenidos, y facultándose a los militares para pedir la rescisión liberándose del pago de la pensión, pudiendo pedir también una reducción eventual de ésta (Decreto-ley de 8 de Agosto de 1915, núm. 1.220; Decreto-ley de 30 de Septiembre de 1915, número 1.444; Decreto-ley de 11 de Noviembre de 1915, núm. 1.593; Decreto-ley de 24 de Febrero de 1916, núm. 276; Decreto-ley de 30 de Mayo de 1916, núm. 645; Decreto-ley de 2 de Noviembre de 1916, núm. 1.485; Decreto-ley de 18 de Febrero de 1917, núm. 803; y texto único aprobado con Decreto-ley de 6 de Mayo de 1917, núm. 871). Más tarde, para restablecer el equilibrio de las partes, se consideró oportuno suavizar algo las obligaciones impuestas a los arrendadores y beneficiar de algún modo a éstos; se les otorgó la facultad de elevar los alquileres en un 15 o en un 20 por 100 según los casos y en determinadas condiciones (Decreto-ley de 30 de Junio de 1918, núm. 880); la prórroga coactiva había de durar como máximo todo el año agrícola 1919-1920 (Decreto-ley de 2 de Octubre de 1919, núm. 2.014 completado por el Decreto-ley de 4 de Enero de 1920, núm. 6); se concedió también a los arrendadores la facultad de exigir un aumento no superior al 80 por 100 y a los arrendatarios el solicitar una disminución y a los pequeños inquilinos el pedir la concesión de una prórroga en el desahucio (ley de 7 de Abril de 1921, número 407). Por otro Decreto-ley de 10 de Septiembre de 1923, núm. 2.023 se facultó a los arrendadores para exigir un ulterior aumento equivalente a los dos quintos de la diferencia entre el canon contractual y el de libre contratación, estableciéndose un rápido procedimiento pericial. Para los arrendamientos de pastizales con precios máximos en la provincia de Roma, se dictaron normas especiales contenidas en el Decreto-ley de 17 de Noviembre de 1918, núm. 1.700. Para el aumento de la producción de cereales y en especial de la del grano, aparecieron otras derogaciones del Derecho común, como, por ejemplo, la facultad concedida a los arrendatarios de cultivar terreno duros aunque en el contrato se les prohibiera expresamente. También aquí se advierte una fuerte tendencia del legislador a favorecer una determinada clase social (labradores asalariados) en perjuicio de los propietarios, haciendo prevalente el derecho del arrendatario y contrariando incluso la expresa voluntad contractual.

te el pago de la pensión (art. 1.603); 2) La precisa determinación de las reparaciones que se le impusieran para la conservación del predio (artículos 1.604-1.606); 3) La obligación del arrendatario cuando el contrato se resuelva por su culpa de continuar pagando la pensión durante el tiempo correspondiente a un nuevo arrendamiento (art. 1.611).

En cuanto a los predios rústicos: 1) La aplicación analógica de las normas propias de la compraventa (artículos 1.473-1.476) en el caso de haber diferencia entre la efectiva extensión del predio y la declarada en el contrato (art. 1.614). 2) La obligación del arrendatario de dotar el predio de ganado e instrumento de cultivo y de cultivarlo como un buen padre de familia (artículos 1.615, 1.616). 3) El derecho a obtener una reducción proporcional del precio del arrendamiento si toda la cosecha, o su mitad, por lo menos, hubiese perecido por caso fortuito, salvo el derecho de compensar las pérdidas con los años de mayor cosecha, y a no ser que la causa del perecimiento existiese y fuese conocida al tiempo de celebrarse el contrato o que se hubiese asumido el caso fortuito por el arrendatario (artículos 1.617-1.621). 4) La regulación de la relación entre el arrendatario que cesa y el que sucede en el cultivo del predio arrendado (artículos 1.625-1.626) (1).

II. *Contratos agrícolas* (2).—Todos los contratos que tienen

(1) Una cuestión muy debatida y difícil en materia de arrendamiento de predios rústicos es la que se refiere a los límites, dentro de los cuales debe reconocerse al conductor un derecho a ser compensado por las mejoras agrícolas por él introducidas en el fundo. Este derecho, ¿le corresponderá también cuando las mejoras excedan de los límites señalados por el destino específico asignado al fundo por el arrendador? Véase Bonfante, *Sul dir. del conduttore alle migliorie* (*Foro it.*, 1898, I, página 929 y *Scritti giur.*, III, páginas 283 y siguientes); Stolfi, *Sc. e quali dir. spettino al cond. sui miglioramenti* (*Giur. it.*, 1911, IV); Venezian, *La questione sul dir. dell'affitt. a compenso per le migliore* (*Op. giur.*, I, 2, páginas 521 y siguientes); Serpieri, *Studi sui contratti agrari*, páginas 26 y siguientes; Luzzatto, *L'indennizzo pei miglioramenti* (*Riv. dir. civ.*, 1921, páginas 166 y siguientes).

(2) Cavaglieri, *I contratti agrari in Italia*, Roma, 1900; Coletti, *I contratti agrari e il contratto di lavoro agrario in Italia*, Roma, 1903; Carrara, *La riforma del contratti agrari* (*Riv. int. di Sc. Sociali*, 1921, pági-

por objeto el goce y disfrute de los predios rústicos y de los demás bienes relacionados con la agricultura, y especialmente el ganado, pueden comprenderse en esta denominación genérica. En ella se incluirán, por tanto, el arrendamiento propiamente dicho y la enfiteusis cuando recaigan sobre predios rústicos las varias formas de arrendamiento de los campos y ganado (aparcería, arrendamiento de ganado a medias, etc.). Con estos y otros tipos contractuales—muy difundidos en las distintas regiones italianas y más o menos modificados por influjo de la costumbre local—se realiza la grande y la pequeña industria agrícola, que aún hoy constituye, no obstante los enormes progresos de la industria manufacturera, la principal fuente de la riqueza de Italia. Pero las relaciones industriales no son puros arrendamientos de cosas, sino que ofrecen promiscuamente los elementos propios de los arrendamientos de cosas y de los arrendamientos de obras, del contrato de empresa y aun del contrato social. El carácter fundamental y más común es el de una coparticipación más o menos directa del propietario en la hacienda agrícola y en los provechos de ésta; por eso se suele imponer una merced o pensión consistente en una cuota (la mitad, el tercio) de los productos del fundo o del ganado, y se establece también la distribución equitativa de las pérdidas entre el colono y el propietario. Estas relaciones, repetimos, no son ni arrendamientos puros de cosas ni tampoco contratos de sociedad; solamente en una forma (del arrendamiento de ganados (arrendamiento a medias), puede reconocerse el carácter propio de los últimos, en virtud de declaración expresa de la ley (art. 1.684); en todos los demás se trata de relaciones mixtas, en las que predomina el carácter propio de los arrendamientos, por lo que se rigen por los principios propios de estos últimos cuando la ley, los usos o el pacto no impongan desviaciones.

a) *Colonia y aparcería* (1).—La colonia o aparcería (*colonia* nas 199, 293 y siguientes); Serpieri, *Studi sui contratti agrari*, Bologna, 1920; Ercole, *I contr. agrari nel c. civ. parmense (mezzaria, soccida, enfiteusi)* *Riv. dir. civ.*, VI, 1914, pág. 494

(1) Muy interesantes a este propósito son las observaciones de Barassi en Baudry-Lacantinerie, *Locazione* I, páginas 977-992, quien estu-

partiaría, métayage) es el contrato por el cual una persona da a otra (colono, aparcerero, mediero) un fundo para que éste lo cultive, distribuyéndose luego los frutos de dicho fundo (art. 1.647). Regido en general por las normas propias del arrendamiento de fundos rústicos, está sujeto en muchas de las particularidades que ofrece a una disciplina especial (art. 1.647, párr. 1.º), imperando en otras la costumbre local cuando exista (art. 1.654). Esta especial disciplina se funda en la idea de que hay una cooperación de ambas partes en la hacienda agrícola con prestaciones de capital y de trabajo asociadas para la consecución del fin común de la mejor utilización del predio en que se da, habiendo en el arrendador un interés especial y directo en la prosperidad de la hacienda, una coparticipación del mismo en los beneficios y riesgos de la empresa, una menor independencia y autonómica del colono, una decisiva importancia de las cualidades personales de éste en la relación establecida, ya que ésta se apoya principalmente en la habilidad técnica del cultivador, en la confianza que inspire (1).

diando el nexo existente entre arrendamiento y colonia, pone de relieve que en la colonia y en la aparcería no hay un arrendamiento porque en éste se da la independencia económica del obligado a pagar la pensión, el cual actúa en la hacienda agrícola de un modo autónomo, mientras que en la colonia el mediero está sujeto a la ingerencia directa del concedente. Tampoco hay una sociedad porque si bien tiene un carácter social, la determinación de la cuota de utilidades correspondientes al concedente y hay una coparticipación en los beneficios, falta el elemento fundamental de la sociedad el *animus coeundae societatis*. Barassi recurre, valiéndose de la construcción de Crome *Partiarische Rechtsgeschäfte* al concepto de una amplia categoría de negocios jurídicos, parciarios, constitutivos de un tipo contractual, en el cual debiera incluirse la colonia, la aparcería y el arrendamiento de ganados. La idea de Crome ha sido adoptada por Breglia *Il negozio giuridico parziario*, Nápoles, 1916; quien intentó mediante un acertado análisis de las relaciones contractuales de contenido parciario, la reconstrucción sistemática y orgánica de este interesante tipo de negocio del que hay aplicaciones también fuera del campo de los contratos agrarios.

(1) Méplain, *Traité du bail a portion du finits*, 1850; Waaser, *Ueber die Colonia partiaría*, 1885; Letoy, *Du colonage partiarie ou métayage d'apres la l. 18 juillet*, 1889; Villafosse, *Bail a colonat partiaire*, 1892; Ba-

A la luz de estos principios se explican las normas de la ley y las desviaciones más o menos profundas que sufren respectivamente a este contrato los preceptos rectores del arrendamiento. En cuanto a la *cooperación de ambos contratantes* en la hacienda, ocurre que mientras el colono contribuye con su trabajo y con el ganado necesario para el cultivo y abono del fundo, con los instrumentos rurales (art. 1.665), con los gastos ordinarios precisos para el cultivo y la recolección (art. 1.657), con las plantaciones ordinarias (art. 1.658), con la limpieza de las zanjas, la manutención de los caminos, con acarreos (art. 1.659), el arrendador suministra, además del fundo, las plantas, fagina, mimbres, rodrigones (art. 1.658), concurrendo también en el suministro de semillas (1.656). Respecto a la *ingerencia directa del arrendador*, se prohíbe al colono vender heno, paja o abono ni hacer acarreos por cuenta de otro sin consentimiento del arrendador (art. 1.650) ni recoger o trillar los granos ni hacer la vendimia sin advertir a dicho arrendador (art. 1.660). Relativamente

la *distribución de los beneficios y de las pérdidas* se reparten unos u otras por mitad entre el arrendador y el aparcero (artículo 1.661, párr. 1.º); la mitad que corresponde al primero representa la merced o canon; puede ser mayor o menor esta merced según la proporción del reparto, establecida por la costumbre o por el pacto; la tala de los bosques y los troncos de los árboles muertos o caídos pertenecen al arrendador, y al aparcero solamente la cantidad de unos y otros que necesite para el servicio del fundo y para el propio uso (art. 1.661, párrafos 1.º y 2.º); la pérdida del todo o parte de la cosecha por caso fortuito cuando se trate de frutos divisibles se soporta en común (artículo 1.648). Finalmente, en cuanto al *carácter personal* que la colonia ofrece, hay que decir que, a diferencia de lo que ocurre en el arrendamiento, el aparcero no puede subarrendar ni ceder a otro su derecho si tal facultad no le fué expresamente concedida, produciéndose si lo hiciere la resolución del contrato y generándose responsabilidad por los perjuicios que de ello deriven

(art. 1.647), la colonia se resuelve por la muerte del colono al terminar el año agrícola en curso, pudiendo proseguirse durante otro año en los hijos o herederos del colono o en su viuda, si la muerte tuvo lugar en los últimos cuatro meses (art. 1.653); también puede pedirse la resolución del contrato cuando una enfermedad crónica imposibilite al colono para cultivar el predio (artículo 1.652). Obsérvese también respecto al fin del contrato que la colonia no cesa nunca de derecho, debiéndose dar el oportuno aviso en el término prescrito por la costumbre (artículo 1.651, l. 24, Dic. de 1906, art. 1.º), y que si el contrato se celebra sin fijar un tiempo determinado, su duración será de un año, que principia y termina el 11 de Noviembre (art. 1.664).

b) *Arrendamiento de ganados* (1).—«El arrendamiento de ganados (*bail á cheptet; Viehpacht, Viehverstellung*) es un contrato por cuya virtud, una de las partes entrega a otra una determinada cantidad de ganado para que ésta lo conserve, nutra y cuide a tenor de las condiciones estipuladas». Así lo define textualmente el art. 1.665 del Código civil; pero tal definición resulta imperfecta por más de un concepto, ya que no hay una especie única de arrendamiento de ganados sino varias y la definición contenida en el citado artículo no es aplicable a todas ellas; no lo es, por ejemplo, al arrendamiento de ganado a medias que es una verdadera sociedad, en la que el ganado se confiere, no por una sola persona, sino por varias en común. La ley, siguiendo las huellas del Código francés (artículos 1.804-1.831), distingue cuatro especies (art. 1.666) que en realidad se aumentan a cinco si se distingue el arrendamiento de ganados celebrado con el arrendatario de tierras del celebrado con el aparcerero. Pero todas estas variedades, que la ley minuciosamente regula (artículos 1.669-1.696) y que tienen un objeto común (o sea el ganado susceptible de aumento o de proporcionar utilidad a la Agricultura y al Comercio, art. 1.667) y común también una determinada participación en las ganancias, se pueden agrupar bajo dos ti-

(1) Breglia, *Negozio giur parziario*, páginas 48 y siguientes; Carnelutti, *L'accrescimento del vestime nella soccida* (*Studi dir. civ.*, páginas 461 y siguientes).

pos principales, según que el ganado sea objeto exclusivo del contrato o sea accesorio de un fundo.

Ahora bien, en el primer tipo figuran:

α) El *arrendamiento simple u ordinario* que es el contrato por el que una parte entrega a otra ganado para que ésta lo conserve, nutra y cuide, distribuyéndose por mitad la lana y las crías (o sea los productos y el mayor valor del ganado al terminar el contrato) y correspondiendo al socio, exclusivamente la leche y el estiércol y el trabajo de los animales, sin que dicho socio asuma la pérdida del ganado por caso fortuito, pues dicho ganado corresponde en propiedad al arrendador (artículos 1.669, 1.670, 1.672, 1.676). Hay en este contrato una distribución equitativa de los provechos y de las pérdidas, proporcional a los valores económicos que cada una de las partes pone en la industria común. A mantener el equilibrio tienden los varios preceptos de la ley, la cual, si bien autoriza a los contratantes para alterarlo en cierto modo (artículos 1.668, 1.674), prohíbe que se destruya en perjuicio del socio, cuya posición es económica y socialmente inferior a la del arrendador, y por ello es objeto de especial protección contra los frecuentes abusos de este último. De aquí la importante disposición prohibitiva del art. 1.677 en el que se prohíbe estipular que el socio soporte más de la mitad de la pérdida del ganado cuando esto ocurra por caso fortuito, que tenga en las pérdidas una parte mayor que en las ganancias, que el arrendador adquiera al final del arrendamiento otra cosa que no sea el ganado que dió en arriendo; cualquiera convención de esta índole es nula.

β) El *arrendamiento a medias o por mitad* es una sociedad en la que cada contrayente confiere la mitad del ganado que es común en orden a las ganancias y a las pérdidas (art. 1.684) y en el cual (como ocurre en el arrendamiento simple), la lana y las crías se distribuye por mitad mientras que al solo arrendatario corresponde la leche, el estiércol y el trabajo (art. 1.685).

γ) El *arrendamiento impropio* en cuya virtud el arrendador da a otro una o más vacas para que las custodie y alimente, reservándose aquél (que conserva la propiedad) las crías todas de

modo exclusivo, y correspondiendo al arrendatario las demás utilidades; este último no puede tampoco asumir el riesgo (artículo 1.696).

Al segundo tipo pertenecen:

5) El *arrendamiento con el arrendatario o arrendamiento de hierro* en el que juntamente con un predio se da una cierta cantidad de ganado en arriendo, con la condición de que al terminar el arrendamiento, el arrendatario deje sobre el predio un número de animales igual y equivalentes al precio de estimación de los que recibió (art. 1.687). El rasgo fundamental que distingue este contrato de los anteriores, es la ausencia casi completa de una participación del arrendador en las ganancias; éstas pertenecen todas al arrendatario, excepción hecha del estiércol, que debe emplearse exclusivamente para abonar el predio arrendado (artículos 1.689-1.690), en compensación a esta ventaja se le impone el riesgo de la pérdida, incluso total del ganado, ocurrida por caso fortuito, no obstante ser tal ganado de propiedad del arrendador (artículos 1.691-1.692).

6) El *arrendamiento con el mediero* en el que el arrendador y el mediero gozan en común del ganado arrendado juntamente con el predio, pudiendo garantizarse al arrendador mayores utilidades (art. 1.693).

c) *Arrendamientos colectivos* (1).—Producto económico reciente de la progresiva industrialización de la agricultura y de la asociación de los trabajadores del campo, los arrendamientos colectivos no están previstos en el Código, pero ofrecen como contratos agrarios que son una gran importancia, y por ello reclaman en la ansiada reforma legislativa una especial consideración. Semejantes al tipo del arrendamiento verdadero y propio o al de la colonia y combinados a veces con el arrendamiento de gana-

(1) Raineri, *Le affittanze collettive in Italia*, Piacenza, 1906; Benasai, *Affittanze collettive*, Turín, 1920. Como reconocimiento legal de estos arrendamientos es notable el art. 17 de la ley de 7 de Abril de 1921, núm. 407, que declara los contratos agrarios colectivos celebrados entre los dados de trabajo y los trabajadores del campo, obligatorios para todos los que en el momento de la celebración forman parte de las asociaciones representadas.

dos, los arrendamientos colectivos ofrecen la interesante particularidad de suponer una organización de los labradores que constituye una verdadera organización corporativa; es la asociación la que se pone en relación contractual con el propietario de los grandes predios y consigna mediante la fusión de las fuerzas y de los capitales de los asociados, hacer más intensa y provechosa la explotación del suelo. Pero tales arrendamientos como observa Barassi (1), tienden a suprimir el intermediario y los grandes arrendatarios capitalistas, ya sea que la asociación se limite a obtener la concesión del terreno que luego habrá de dividirse mediante nuevos contratos de subarriendo con los diferentes asociados (*arrendamientos colectivos a división*), ya sea que la asociación misma disfrute el terreno concedido (*arrendamientos colectivos unitarios*).

El propio Barassi, estudiando el problema de las relaciones de los asociados con el arrendador, generadas por un contrato único de arrendamiento, excluye por vía general (siempre que la asociación no tenga el carácter de una verdadera persona jurídica) que la unicidad del contrato genere una relación jurídica, única entre la asociación como grupo unitario y el arrendador y estima (advirtiendo con ello una manifestación de la tendencia atomística legislativa) que el contrato colectivo genera relaciones arrendaticias separadas de las cuales es titular cada uno de los partícipes. Pero si se debe admitir como yo creo que entre dichas relaciones se da un nexo, una interdependencia que priva a cada asociado de la autonomía propia del arrendatario singular y le sustrae la facultad de modificar mediante acuerdo aislado celebrado entre él y el arrendador, la propia posición contractual, parece más correcto concebir una relación única determinada por la asociación, ya que esta es provocada y mantenida—con vínculo casi corporativo—por la unidad del fin común.

Arrendamiento de obras o contrato de trabajo (2).—La con-

(1) En Baudry-Lacantinerie, *Locazione* I, páginas 1.046 y siguientes.

(2) En la rica bibliografía relativa a este contrato por lo que a Italia respecta constituye una obra fundamental la de Barassi, *Il contratto di lavoro nel dir. pos. it.*, 2.^a ed., 2 volúmenes, Milán, 1915-17; en la literatura alemana es fundamental la de Lotmar, *Arbeitsvertrag* en 2 volúme-

cepción del Código sobre esta relación, que es una de las más importantes y difundidas en la sociedad moderna, resulta angosta y anticuada por demás. Definición que por su amplitud peca de vaguedad, se contiene en el art. 1.570, la cual comprende la *locatio operarum* y la *locatio operis*; el art. 1.627 determina muy someramente los elementos constitutivos de la primera al mencionar como una especie de arrendamiento de obra y de industria aquel por cuya virtud una persona obliga la propia obra al servicio de otra. La regulación toda se reduce a algunas normas de carácter esporádico: la prohibición de arrendar la propia obra no temporalmente o para una empresa no determinada (artículo 1.628); algunos preceptos que establecen los términos prescripcionales de las acciones que corresponden a los domésticos, operarios, jornaleros, ejercientes de profesiones liberales, para reclamar el pago de sus salarios y honorarios (artículos 2.139, 2.140). El resto debe buscarse en leyes especiales que tienden a proteger a los obreros contra los accidentes y los riesgos de los oficios insalubres, contra el peligro del paro forzoso, contra el abuso del patrono, degeneración de la raza, más bien que a establecer una disciplina jurídica de la relación contractual.

Predomina aún en el Código la angosta concepción romanística con arreglo a la cual el arrendamiento de obras tenía una esfera de aplicación muy limitada y una importancia escasa; recaía casi exclusivamente en las obras serviles. Desconocía tal concepción las ásperas batallas hoy reñidas entre capitalistas y

nes, Leipzig, 1902-1908. Además merecen ser citadas las siguientes obras en las que sin descuidar el aspecto jurídico es predominante el económico. Iannaccone, *Il contratto di lavoro* (*Arch. giur.*, LIII, 1894, páginas 111 y siguientes); Valadé-Papale, *Il contratto di lavoro*, Nápoles, 1897; Modica, *Il contr. di lav.*, Palermo, 1897; Cavagnari, *Le controversie sul lavoro*, Milán, 1900; *Studi sul contr. di lavoro*, Roma, 1902; Redenti, *Il contr. di lavoro nella giur. dei probiviri*, Milán, 1905; Cornil, *Du lonage des services au contrat de travail*, París, 1895; Hubert-Valleront, *Le contrat de travail, économique et juridique*, París, 1903; Chatelain, *De la nature du contrat entre ouvrier et entre preneur*, París, 1902; Perreanet Fagnot, *Le contrat de travail*, París, 1907; Perreau et Grossier, *Le contrat de travail et le Code civil*, París, 1908; Boissard, *Contrat de travail et salariat*, París, 1910.

trabajadores y no constituía entonces un arduo problema social la regulación jurídica de las relaciones entre patronos y obreros; las obras intelectuales no eran objeto de la *locatio operarum*, la cual sólo era aplicable al trabajo manual y material. Por esto las breves nociones que siguen tienen (salvo algunas que se traducen en preceptos de carácter prohibitivo o constitutivos de normas de orden público inderogables) más valor de postulados científicos y de afirmaciones teóricas que de principios del derecho positivo legislado. Pero tales nociones responden a lo que la jurisprudencia y la práctica de las grandes fábricas, de los sindicatos, de las ligas y organizaciones corporativas de obreros y patronos, va elaborando, en espera de una completa y perfecta regulación legal (1), cuyo material es facilitado en gran parte por las oficinas, la inspección, el Comité permanente del trabajo (2).

El contrato de trabajo (3) es aquel en cuya virtud una persona (obrero, trabajador, asalariado) se obliga respecto a otra (patrono, empresario, principal) a emplear en servicio de ésta su propia energía de trabajo, y a su vez ésta se obliga a pagar a aquélla una retribución (merced, salario, honorarios) proporcional al tiempo o a la cantidad de trabajo producido (4). Todo género de trabajo puede ser objeto de este contrato; el trabajo

(1) Un proyecto de ley sobre el contrato de trabajo del Ministro Cocco-Ortu de 26 de Septiembre de 1902 (*Atti. parlam.*, Camera Leg. XXI 1902; Rilaz, núm. 205) no tuvo éxito.

(2) Una colección de las leyes y de los reglamentos dictados hasta hoy en defensa del trabajo puede verse en Nosedá, *Nuovo Codice del lavoro*, Milán, 1913.

(3) Planiol, *Traité* II, núm. 1.826, se oponga al empleo de la expresión «contrato de trabajo», la cual según él, carece de sentido como carecería también la expresión contrato de casa o de predio; propone la sustitución de esta expresión por otra: arrendamiento de trabajo. Cierzo que la fórmula es de uso general y al emplearla todos entienden su alcance, no hay motivo para rechazar su uso.

(4) La definición acogida por el Código suizo de las obligaciones, artículo 319, reza: «Contrato de trabajo es aquel por el que una persona (trabajador) se obliga respecto a otra a prestar servicios por un tiempo determinado o indeterminado mediante el pago de una merced. Hay contrato de trabajo aunque la merced no sea proporcional al tiempo y si

industrial lo mismo que el agrícola, el trabajo de los obreros en casa del patrono o el trabajo domiciliario (1), el trabajo intelectual lo mismo que el manual. Al trabajo intelectual son extensivas las normas generales propias del contrato de trabajo, porque, salvando diferencias derivadas de la diversidad del objeto, nada se opone a considerar al productor de un trabajo intelectual ligado a quien se lo apropia por una relación análoga a la que une al obrero con el patrono (2).

El que la prestación de trabajo se convenga por períodos de tiempo (por días, semanas o meses), o bien por cantidad producida, es decir, por trabajo hecho a destajo, no influye más que en la merced o salario que se abonará, según los casos, diaria, semanal o mensualmente o en proporción a la medida, número o cantidad. Sobre la naturaleza jurídica del contrato no puede influir, porque cuando hay un trabajo continuo y se toma en consideración únicamente el trabajo producido como criterio para determinar el salario, el obrero a destajo no se distingue del contratado por días o semanas ni el contrato se transforma en una *locatio operis*; faltaría el concepto de empresa que es esencial al arrendamiento de obra y que excluye el salariado, como ocurre en el trabajador retribuido a medida (3).

al trabajo realizado (trabajo a destajo) con tal que el trabajador esté empleado con o sin determinación de tiempo. El Código civil alemán elimina en la definición que da en el § 611 los elementos, tiempo y medida del salario. Contrato de trabajo es aquel por el cual quien promete los servicios se obliga a prestarlos y la otra parte se obliga a abonarle la compensación convenida. Pueden ser objeto del contrato servicios de toda clase».

(1) Respecto al trabajo doméstico, véase D'Amario, *Contratto di servizio domestico*, Milán, 1915; Addeo, *Il contratto di lavoro domestico*, Turín, 1920; Richard, *Du louage des services domestiques*, París.

(2) El Código suizo, al final del título dedicado a nuestro contrato declara (art. 361) que las normas del mismo se aplican en cuanto concurren las condiciones exigidas, a los contratos que tienen por objeto prestaciones que suponen una especial cultura científica o artística a cambio de determinados honorarios. El mismo concepto desarrolla el Código civil alemán §§ 622, 627. Véase Venzi en Pacifici, *Ist.* V, pág. 381, n. g. g.

(3) Erróneamente Planiol, *Traité* II, núm. 1.827, deduce como requisito un salario proporcional al tiempo. Esto llevaría a aplicar principios

Se reconoce en las partes la facultad de deducir como objeto del contrato toda clase de trabajo, de convenir de uno u otro modo la mercèd de fijar a su arbitrio las condiciones de duración, los términos del despido, etc.; el límite general deriva de los principios supremos prohibitivos de las convenciones que persiguen un fin ilícito. Pero la legislación social nueva ha introducido numerosas y profundas limitaciones protegiendo a las mujeres y a los niños, a determinadas clases de trabajadores o a toda la clase obrera.

Ya el propio Código prohibía como tributo a la libertad y dignidad humanas que alguien pudiese vincular a un trabajador cualquiera por toda la vida de éste (art. 1.628). Ello implica que que quien haya obligado los propios servicios por toda su vida, puede en todo momento rescindir el contrato siempre que observe los términos consuetudinarios para el despido; no hay, pues, nulidad absoluta del contrato ni el derecho de desistir del mismo compete a la otra parte, ya que el precepto citado tiende exclusivamente a proteger al trabajador contra la sujeción perpetua de su propia energía a determinada persona, haciendo posible sin embargo, la prosecución de la relación, en tanto el trabajador no haga uso de su derecho (1).

Las leyes de 19 de Junio de 1902, núm. 242, y 7 de Julio de 1907, núm. 416 (actualmente texto único de 10 de Noviembre de 1907, núm. 818) sobre el trabajo de las mujeres y de los niños prohíben que se ocupen en cierta clase de trabajos los niños menores de doce años; en general no pueden ocuparse en

diversos al obrero que trabaja a medida, siendo así que responde al sentimiento popular el que no haya diferencia jurídica si las partes al establecer la compensación se refirieron a las tarifas de precios por día o a las de precios por unidad de trabajo.

(1) Cuestión esta por lo demás muy controvertida: De los debates puede hallarse un resumen: Venzi en Pacifici, *Ist.* V, pág. 389, ns. k.k., Pitocchi, *Sul contr. di locaz. di opere in perpetuo*, Roma, 1904; Barassi, *op. cit.*, II, páginas 255 y siguientes. La solución adoptada en el texto es también la acogida por el Código civil alemán (§ 624) y por el suizo (artículo 351) con el temperamento de una mínima duración obligatoria de cinco y de diez años; se impone también el aviso previo con seis meses de antelación.

trabajos peligrosos o excesivamente fatigosos para la salud los varones menores de quince años y las mujeres menores de veintiún años; las mujeres quedan excluidas de otros trabajos, se limita la duración del trabajo diario a once o doce horas, prohíben el trabajo nocturno a los varones menores de quince años y a las mujeres de cualquiera edad.

La ley de 7 de Julio de 1907, núm. 489, sobre el descanso semanal impone a los empresarios de haciendas industriales o comerciales la obligación de conceder a las personas ocupadas en los trabajos propios de las citadas empresas un día de descanso a la semana, salvo excepciones que rechaza la ley relativa al trabajo de las mujeres y de los niños para esta categoría de trabajadores.

La ley sanitaria (texto único de 1.º de Agosto de 1907, número 636) prohíbe a los varones menores de catorce años, y a las mujeres un mes antes y después del parto el ocuparse en el trabajo de descascarillar el arroz, limita las horas de trabajo a nueve o diez diarias e impone el descanso semanal.

La ley de 12 de Marzo de 1908, núm. 105, prohíbe el trabajo nocturno en la industria panificadora. La ley de 17 de Julio de 1910, núm. 520, obliga al empresario a asegurar a sus operarias en la casa de maternidad para auxiliarles en los casos de parto o aborto. Finalmente, por diversas leyes se introdujo el principio de la aseguración obligatoria de los operarios contra los accidentes del trabajo, la vejez, la invalidez, la desocupación: así el texto único de 31 de Enero de 1904, núm. 51, impone a los empresarios la obligación de asegurar a los obreros contra los accidentes del trabajo, aplicándose a la mayor parte de las industrias; el Decreto-ley de 23 de Agosto de 1917, núm. 1.450, extendió la aseguración obligatoria en favor de los trabajadores agrícolas contra los accidentes derivados de esta especie de trabajos; el Decreto-ley de 19 de Octubre de 1919, núm. 2.214, introdujo la aseguración obligatoria contra la desocupación involuntaria; el Decreto-ley de 21 de Abril de 1919, núm. 603, introdujo la aseguración contra la invalidez y la vejez de los obreros empleados en la industria, de ejercientes de profesiones libe-

rales y de los domésticos y dependientes que desempeñan servicios privados.

Dentro de los límites fijados por estas y otras normas de la vigente legislación social es obligatoria la convención que fija la extensión precisa y las modalidades específicas de las prestaciones debidas por cada contrayente. Las cuales, si bien pueden variar en cada caso, se estructuran en cada especie de arte u oficio, según tipos o modelos que se van generalizando a impulso de las potentes organizaciones obreras y patronales. Poco a poco la regulación se hace por la fuerza de la costumbre uniforme y fija al menos con respecto a ciertos oficios, y con ello la labor de la jurisprudencia en la resolución de los conflictos entre patronos y obreros resulta facilitada enormemente.

Los pactos particulares por los que la relación se rige deben ser libremente estipulados, y esto deriva lógicamente de los principios relativos a la voluntad en los negocios jurídicos. El que en ocasiones la libertad quede muy reducida y hasta suprimida, es consecuencia de las coaliciones y del predominio alternativo que mediante las huelgas y cierres consigue una u otra clase. Producto de estas luchas son los *contratos colectivos de trabajo* (1).

Comoquiera que el obrero aislado no es económicamente lo bastante fuerte para discutir con el empresario las condiciones del salario, de la duración del trabajo diario, de los términos de despido, etc., interviene en representación de la clase o de un grupo, el Sindicato, que fija con el empresario o Sindicato de empresarios las condiciones del trabajo de los obreros no solamente para el momento actual, sino también para el futuro. Vivas controversias surgen respecto a la eficacia jurídica de estos contratos, a los cuales algunos autores apenas si reconocen valor, mientras otros lo estiman como un verdadero y propio contrato de trabajo, con pluralidad de sujetos.

(1) Consúltense las monografías de Ratto *Contratto collettivo di lavoro*, Roma, 1903; Nicotra, *Il contratto collettivo di lavoro*, Nápoles, 1906; Galizia, *Il contratto collettivo di lavoro*, Nápoles, 1907; Raynaud, *Le contrat collectif de travail*, París, 1901; Moissenet, *Etude sur les contrats collectifs en matière de condition du travail*, Dijon, 1903; Visscher, *Le contrat collectif de travail*, París, 1911; Kree, *Der kollektive Arbeitsvertrag*, München, 1904.

Cierto que, ni como contratos ni como concordatos de tarifas, obligan a los obreros no sindicados o no adscritos a la organización que concluyó el acuerdo. Tampoco es admisible que tales contratos sean indefinidamente eficaces en cuanto a las condiciones del trabajo y de la retribución en ellos estipulada.

Pero no puede dudarse sobre su obligatoriedad con relación a los obreros y patronos representados por la organización que concluyó el acuerdo (1); esta obligación surge en virtud de un mandato expreso o tácito conferido por los miembros del Sindicato a sus representantes, pero no puede imponerse a los obreros o patronos que ingresen posteriormente en tales organizaciones sino en cuanto declaren que se adhieren al acuerdo (2). Más grave es el problema relativo a la responsabilidad de los grupos en el caso de violación del contrato; debiera admitirse en tal hipótesis (para una mayor eficacia de la relación) una responsabilidad colectiva, y esta es la aspiración; pero no puede negarse que el defecto de personalidad jurídica en los Sindicatos y en las demás Asociaciones profesionales e industriales constituye un serio obstáculo para admitirla (3).

Muchas son las obligaciones que de tal relación derivan a las partes (4).

A. *Obligaciones del trabajador:*

a) Debe, ante todo, *prestar las obras prometidas y prestarlas personalmente*, aun cuando no resulte que la otra parte hubiere tenido especialmente en cuenta la personal habilidad téc-

(1) Reconocimiento legal de este vínculo puede verse en el art. 17 de la ley de 7 de Abril de 1921, núm. 407, relativo a los contratos agrarios concluidos entre los dadores de trabajo y los trabajadores agrícolas.

(2) Esta es precisamente la solución adoptada por el Código civil suizo que ha reconocido la obligatoriedad de los contratos colectivos a condición de que se reduzcan a forma escrita disp. niendo relativamente a su vigencia el que puedan (a falta de pacto) cesar, transcurrido que sea un año, avisando con una antelación de seis meses (art. 322) y declarando nulos los contratos que particularmente celebren los patronos y obreros vinculados por un contrato colectivo que desciende de de éste (artículo 323).

(3) Venzi en Pacifici, *Ist.* V, pág. 383, ns. h. h.

(4) Importantísima es a este respecto la institución autorizada por

nica del arrendador; hay en los contratos, aun tratándose de obras plenamente sustituibles, un elemento de fiducia que prohíbe al trabajador el sustituirse por otro para ejecutar la obra sin el consentimiento del patrono.

b) El trabajo prometido debe ser prestado con *diligencia* en el tiempo, lugar y modo convenido en el contrato (1), evitando cualquier perjuicio al empresario y sus cosas. Sobre todo, en el trabajo de fábrica y en los oficios peligrosos, el operario está obligado a atenerse estrictamente a los preceptos legales y a las disposiciones de los Reglamentos internos; sin embargo, cuando por falta de diligencia sufra un daño, las consecuencias no las soporta por entero él, en virtud de los nuevos principios introducidos por la ley de Accidentes del trabajo.

c) Cuando el trabajo tenga un carácter continuo debe durar *todo el tiempo convenido* o por la pactada cantidad de producción; una anticipada cesación que excluya toda responsabilidad, con la consiguiente obligación de indemnizar el daño, no puede tener lugar si no es con el consentimiento del empresario, salvo los casos de interrupción por fuerza mayor o por otra causa no

la ley de 15 de Junio de 1893, núm. 295, en los lugares en que existen fábricas o empresas industriales, de los colegios de varones probos para una determinada industria o grupos de industrias afines, para la conciliación y resolución judicial de las controversias que con ocasión del ejercicio de la industria surjan entre obreros o aprendices y patronos o también entre los operarios vinculados por un contrato de trabajo o de aprendizaje.

Durante la guerra hubo instituciones de órganos especiales para resolver controversias y conflictos en materia de trabajo. Así, por ejemplo, el Decreto-ley de 6 de Enero de 1918, núm. 416, creó comisiones especiales para la resolución de las controversias surgidas con ocasión de la interpretación, validez, ejecución y resolución de los acuerdos y de los contratos colectivos de trabajo. Pero careciendo tales comisiones de una verdadera jurisdicción, debían limitarse a provocar la conciliación o a levantar acta acreditando que tal conciliación no era posible por desacuerdo de las partes.

(1) El modo de garantizar al acreedor para que el producto del trabajo corresponda a cuanto fué prometido, es estudiado por Carnelutti, *Il vizio redibitorio nel contratto di lavoro* (Riv. dir. comm., 1910, I, pág. 519 y en *Studi dir. civ.*, páginas 373 y siguientes).

imputable al operario, como, por ejemplo, una enfermedad, una huelga en la que éste no hubiera participado.

d) Se prohíbe al operario el *divulgar los secretos de la hacienda y el disfrutar de los procedimientos técnicos* de la misma por él conocidos con ocasión del trabajo. Eventualmente, cuando en el contrato se haya previsto esto, puede prohibirse al obrero, al extinguirse el contrato, el ocuparse en una industria igual a la del empresario anterior y el que le haga concurrencia a éste. Pero, por el respeto debido a la libertad, tales *cláusulas de concurrencia* carecen de valor cuando se hubieren estipulado sin limitaciones de tiempo o lugar (1).

e) Igualmente cuando, tratándose de trabajo de fábrica, el patrono hubiere establecido un *Reglamento interno* para conseguir uniformidad y disciplina en el trabajo y en las relaciones entre obreros y patrono, todas las normas contenidas en aquél generan otras tantas obligaciones contractuales a cargo del operario, y respectivamente un derecho en éste a exigir que sean aquéllas gatoriedad de estos Reglamentos el que sean conocidos por el operario de modo eficaz (la mera fijación en el interior de las fábricas de tales Reglamentos no parece suficiente); la aceptación por el operario—que no tiene libertad para discutirlo o modificarlo—puede considerarse implícita en el acto de asumir el trabajo (2).

B. *Obligaciones del patrono:*

(1) Sobre los límites y licitud de dichas cláusulas; Sraffa, *Le clause di concorrenza*, Turín, 1898; *Comm. Cod. comm.*, IV, páginas 101 y siguientes; Pestalozza en *Riv. dir. comm.*, 1919, I, páginas 240 y siguientes; Barrassi, *Contratto di lavoro*, II páginas 152 y siguientes.

(2) También aquí figuran en vanguardia las legislaciones extranjeras. El Código suizo en su art. 321 establece: «Cuando en una empresa industrial o mercantil se establezca por el patrono un Reglamento uniforme de trabajo o de orden interno, éste es obligatorio para todos los obreros en cuanto hubiere sido reducido a forma escrita o conocido por aquéllos antes de comenzar sus servicios». Precepto análogo contiene la ley belga de 15 de Junio de 1896. Sobre ésta véase Cailleux, *La législation belge sur les reglements d'atelier, avec un exposé de la question en France*, París 1900; Venzi en Pacifici, *Ist.* V, pág. 392, ns. i. i.; Porro, *I rapporti fra lavora-*

a) La obligación principal consiste en el *pago del salario*, el cual debe tener los requisitos convenidos (puede ser diario, semanal, mensual o a cambio de determinada cantidad de producción) y la cuantía estipulada en el contrato, salvo las deducciones por anticipos de salarios o suministro de alimentos (1). El salario, consistente por lo general en dinero, se halla a menudo completado por otras prestaciones en especie, tales como alimentos y habitación, lo cual ocurre especialmente con los trabajadores ocupados en servicios domésticos. El salario es debido, aunque haya una interrupción momentánea del trabajo, no imputable al obrero; las costumbres locales, los usos especiales y el pacto determinarán si procede pagar el salario y por cuánto tiempo cuando el trabajador estuviese enfermo o imposibilitado para trabajar por cualquiera otra causa que no le fuera imputable.

b) El patrono debe también *suministrar el trabajo* al operario de modo continuo y por toda la duración del contrato; esto tiene una especial importancia en orden al trabajo a destajo, en el que el salario no puede determinarse sino en razón de la cantidad efectivamente producida. Cuando el trabajo falte, sin que el patrono pueda invocar una causa extraña a él, procederá el resarcimiento del daño al trabajador.

c) El patrono está obligado a *conceder a sus operarios el descanso semanal* y los demás días y horas de descanso que las leyes especiales de cada industria o las costumbres locales o los Reglamentos de fábrica impongan.

d) Hay que considerar como obligación del patrono también en nuestra legislación la de expedir en favor del trabajador

tori e imprenditori nei reg. interni di fabbrica, Milán, 1905; Maroi en *Dir. e Giur.*, 1918, pág. 422; Barassi, *op. cit.*, II, pág. 303.

(1) Bien conocidos son los abusos a que en muchas industrias dió lugar el sistema (*truck-System*) de los suministros de alimentos y de otros objetos necesarios hechos por los empresarios a sus obreros, los cuales por tales suministros perciben un salario disminuído cuando lo perciben. Es esta una verdadera plaga que la legislación social debe combatir. En Francia el *truck-System* fué prohibido por la ley de 12 de Enero de 1895 y por la de 25 de Marzo de 1910 y lo mismo en Alemania, Inglaterra, etcétera. En nuestra nación ha sido prohibido para los empleados en concesiones de obras públicas, Noseda, *Nuovo Cód. del lav.*, pág. 104.

al cesar el contrato una certificación o atestado del servicio con objeto de facilitar la colocación posterior del obrero.

e) Es digna de especial atención la obligación del empresario de adoptar todas las medidas de seguridad e higiene que sirvan para proteger al obrero contra los riesgos y peligros de accidente y contra las enfermedades producidas por el trabajo (1). Con esta obligación se enlaza la impuesta por la nueva legislación de accidentes del trabajo de resarcir en todo caso con una indemnización al obrero afecto de accidente producido con ocasión del trabajo (2). El principio en que se inspira la ley de 17 de Marzo de 1898, núm. 80, completada por otra de 29 de Junio de 1903, núm. 243 (ahora texto único de 31 de Enero de 1904, núm. 51) (3), es el de que toda industria lleva anejos determinados y especiales riesgos, los cuales sufre el obrero, no obstante la previsión y medidas adoptadas por el industrial para evitarlos, y que de estos riesgos, como de los producidos por la negligencia del industrial, debe responder la hacienda como de una carga que la grava inevitablemente, como la de los gastos

(1) Para las construcciones, véase el Real decreto de 27 de Mayo de 1900, núm. 205; para los explosivos, el Real decreto de 18 de Junio de 1899, núm. 232; para los trabajos en las minas, canteras y turberas, ley de 30 de Marzo de 1893, núm. 184, sobre policía de minas; para los trabajos en ferrocarriles y tranvías, Real decreto de 7 de Mayo de 1903, número 203, y el Real decreto de 23 de Noviembre de 1911, núm. 1306.

(2) La bibliografía relativa a esta materia es abundantísima; citaremos la más importante de la nuestra y de la francesa: Sauzet, *De la responsabilité des patrons dans les accidents dont les ouvriers sont victimes* (*Rev. crit.*, 1887); Lambert, *Les accidents du travail et l'assurance obligatoire*, París, 1895; Tarbouriech, *Leilles, Les accidents du travail et la resp. civ.*, París, 1897; *Le risque professionnel dans le C. civ.* (*Ref. Soc.*, 1898, pág. 634); Gabba en *Nuove questioni di dir. civ., gl'infortuni del lavoro*, Milán, 1905; Bruno, *Infort sul lavoro* en (*Dig. it.*), Cocito, *Comm. alla l. degl'infort. sul lavoro*, Turín, 2^a ed., 1917; Rameri, *Infortuni del lavoro: Commento alla legge e al reg.*, Turín, 1912; Carnelutti, *Infortuni sul lavoro*, Roma, 1913-14.

(3) En idénticos criterios se inspira el Decreto-ley de 23 de Agosto de 1917, núm. 1.450, respecto a la aseguración obligatoria contra los accidentes agrícolas y el Decreto-ley de 21 de Noviembre de 1918, número 1.889 que aprueba el Reglamento.

de reparación de la maquinaria, de conservación del establecimiento, etc. Así, pues, prescindiendo de las investigaciones relativas a la culpa del empresario, se establece el principio de que en todo caso debe éste resarcir al trabajador los daños que a éste hubiera causado un accidente, siempre que ocurra por una causa imprevista y violenta que se halle en relación por lo menos ocasional con el trabajo en que esté empleado. Y aun se ha ido más lejos al considerar que si bien la realización continua de actos que son peligrosos en sí, que el contacto continuo con máquinas e instrumentos de manejo peligroso hace al trabajador menos prudente y precavido, debe el industrial resarcir al obrero los daños que éste sufra por su culpa. Se trata, pues, de un caso de responsabilidad objetiva y de un principio nuevo y excepcional que deroga los de derecho común, según los cuales sólo hay un daño resarcible cuando hay un hecho imputable y se prueba éste por el damnificado. Precisamente la insuperable dificultad que para el operario representa a veces probar la culpa del industrial o su imprevisión en asegurar a los obreros contra los riesgos, fueron la causa de la reforma llevada a cabo en el derecho común. Pero tal reforma no se limitó a un desplazamiento de la carga de la prueba imponiendo al industrial (como se propuso en Francia y en Italia) la prueba de falta de culpa por su parte; la reforma introdujo el amplio concepto de la responsabilidad objetiva y el de riesgo profesional, haciendo resarcibles todos los accidentes ocasionados en el ejercicio de una industria, evitando de este modo las iniquidades que el régimen anterior hacía posibles en perjuicio de la clase trabajadora. Ahora bien, para que la industria pueda soportar esta nueva carga y para que el obrero resulte eficazmente garantido del pago de la indemnización, la ley impone al patrono la obligación de asegurar a sus obreros contra los accidentes de trabajo, introduciendo a este efecto un amplio sistema de criterios para la liquidación de la indemnización en razón de la gravedad de la lesión, de la duración de su inhabilidad para el trabajo, de la cuantía del salario que le corresponde, etc., etc. Con la aseguración (obligación garantida con sanciones graves y con penalidad), el industrial queda exento de toda ulterior responsabilidad, ya que

la obligación de indemnizar corre a cargo del instituto asegurador. Pero la responsabilidad personal del empresario surge, aun habiendo aseguración, cuando el daño causado le sea imputable y haga procedente una condena penal (1).

Fin del contrato de trabajo

a) Dado el carácter personal de la prestación por el obrero, el contrato se extingue *por su muerte*. No produce el mismo efecto extintivo la muerte del patrono, a no ser que la persona de éste fuese tomada particularmente en consideración en el contrato. A la muerte debe equipararse la enfermedad del obrero que se prolongue por tiempo considerable.

b) Por *expirar el término* se extingue también este contrato si se fijó para su duración tiempo determinado; no precisa el despido por una u otra parte. Si el contrato fué estipulado por tiempo indeterminado, tanto el patrono como el obrero pueden hacer que cese en cualquier momento; pero es indispensable la precedencia del despido, observándose los términos prescritos por la costumbre local, o por los usos particulares para cada clase de oficios en defecto de una norma legal que los establezca. De estos términos se podrá presc
tivo serio de despido; recíprocamente, no hay necesidad de alegar tales motivos cuando el despido se hiciera dentro de los términos prescritos (2).

(1) Precisa advertir, sin embargo, que estas providencias no protegen al obrero en todo caso, siendo muchos los límites que la misma ley ha fijado a la obligación de asegurar. Prescindiendo de la exclusión de las *enfermedades profesionales*, sólo algunas industrias (la mayor parte sin embargo) son tenidas en cuenta y exigida para muchas la condición de que tengan empleado más de cinco operarios y debe tratarse de accidente, cuyas consecuencias duren más de cinco días, etc.

(2) Carnelutti, *Del licenziamento nella locaz di opere a temps indeterminato* (*Riv. dir. comm.*, 1911, I, páginas 377 y siguientes en *Studi dir. civ.*, pág. 386 y siguientes). Si se trata de un contrato con un período de prueba no hay durante este período obligación de guardar término alguno para la ruptura del contrato. Corte-Enna, *La revocabil. locaz. di opere il periodo di prova*, Milán, 1911.

c) Por *incumplimiento de las obligaciones* por parte de uno de los contrayentes puede el otro pedir la resolución a tenor del principio general consignado en el art. 1.165. Dentro de este precepto cae la *huelga* en los casos en que se trata de huelga económica y la masa obrera tiende a modificar las condiciones del actual contrato de trabajo (1).

Contrato de empleo privado.—Este contrato merece mención especial; no se halla regulado en el Código y ha sido objeto de leyes especiales; este impulso legislativo arranca de la Gran Guerra. Se comenzó reservando al empleado privado llamado a las armas el empleo que desempeñaba. (Decreto-ley de 1.º de Mayo de 1916, n. 490.)

Se introducía, pues, de este modo la estabilidad del empleo privado y se ponía freno al arbitrio ilimitado del principal para romper la relación justificando tal ruptura con la imposibilidad del empleado de desempeñar su empleo. Se aseguró también al empleado el percibo de una pensión, no obstante el no desempeñar su empleo, durante el tiempo del servicio militar y se instituyeron comisiones arbitrales para decidir las cuestiones que pudiesen derivar. (Decreto-ley citado.) Luego se concedió a todos los empleados indistintamente un congruo aumento de la retribución en vista de la variación de las condiciones económicas, imponiendo a los principales la obligación de satisfacer indemnizaciones especiales para compensar el encarecimiento de la vida, por analogía con lo que el Estado hacía con los propios funcionarios y empleados. (Decreto-ley de 2 de Septiembre de 1917, n. 1.448; 10 de Marzo de 1918, n. 349; 24 de Noviembre de 1918, n. 1.773.) En estas circunstancias, se fijaron términos

(1) Toda esta materia es objeto de vivas discusiones e incertidumbres; Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore ai sensi dell'articolo 1.226, C. c.* (Baudry-Lacantinerie *Locazione*, II, 2, páginas 455 y siguientes); Carnelutti, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro* (*Riv. dir. comm.*, 1907, I, páginas 87 y siguientes); De Angelis, *Lo sciopero nel dir. civ.* (Filang., 1919, páginas 113 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.* V, página 406, ns. mm., Hamélet, *La grève*, París, 1903; Pic, *De la rupture ou de la suspension d'execution du contrat de travail par l'effet de greves ouvriers* (*Rev. tr. de Dr. civ.*, 1905, páginas 1 y siguientes); Zeulcanu, *Des effets de la grève ouvriere sur le contrat de travail*, París, 1907.

al licenciamiento, estableciéndose que cuando el principal no los respetase debería abonar una indemnización al empleado; la cuantía de la indemnización se fijaba también en la ley.

Finalmente, después de todas estas disposiciones esporádicas y preparatorias, toda la relación fué regulada de modo permanente, primero por el Decreto-ley de 9 de Febrero de 1919, número 112, y ahora por el Decreto-ley de 13 de Noviembre de 1924, núm. 1.825, que reproduciendo en parte y en parte modificando el anterior, constituye la vigente disciplina de la relación.

Según la definición que contiene la ley (art. 1.º), el contrato de empleo privado «es aquel por el cual una sociedad o un particular gestores de una hacienda, emplean en servicio de la hacienda misma, generalmente por tiempo indeterminado, la actividad profesional del otro contrayente en funciones de colaboración burocrática o técnica, excluyendo aquellas prestaciones de mano de obra».

El principio fundamental en que se inspira la nueva ley, es el de la estabilidad del empleo privado que liga a una y otra parte por todo el tiempo convenido o por tiempo indeterminado, en tanto no intervenga un despido dentro de los términos prescritos. La ruptura de la relación no es posible sin justa causa y ésta se caracteriza por ser una falta tan grave que no consienta la prosecución, siquiera sea provisional de la relación (art. 9).

Para asegurar este principio se dictan normas especiales y se establecen determinadas garantías que afectan especialmente al principal, la ley acentúa (y quizás demasiado) la protección del empleado frente al principal; en cambio, este último resulta escasamente protegido. Hay que distinguir entre contrato por tiempo fijo y contrato por tiempo indeterminado. En el contrato por *tiempo fijo* (la fijación del tiempo debe consignarse en el documento, y faltando su expresión se presume que el contrato es por tiempo indeterminado, art. 4), ni el principal puede licenciar a su dependiente, ni éste abandonar el trabajo sin incurrir en responsabilidad por los perjuicios causados. Expirado el término, cada parte queda desligada del contrato, sin que proceda abono de indemnización.

Pero existe un precepto (merecedor a nuestro juicio de censura) que sujeta el contrato por tiempo fijo a las normas propias del contrato por tiempo indeterminado (en el cual se abonan especiales indemnizaciones al empleado): el art. 1.º, párrafo 1.º declara aplicable las normas del contrato por tiempo indeterminado al contrato por tiempo fijo «cuando el establecimiento de un término resulte justificado por la especialidad de la relación y se haga para eludir las disposiciones del decreto» (1). Si el contrato se celebra por *tiempo indeterminado*, la cesación del mismo puede verificarse por voluntad de cada una de las partes, pero precisa un previo aviso para que aquéllas se puedan procurar nuevo empleo a otro dependiente (art. 9.º), y los términos varían de cuatro meses a quince días, según la calidad de la función (se distinguen tres categorías de empleados), la antigüedad del empleado (se distinguen según que lleven menos de cinco años de servicios, más de cinco o más de diez), y en cuanto al despido en su doble forma (artículos 10 y 14). Si el principal no efectúa el despido dentro de los términos legales, corresponde al empleado percibir una indemnización equivalente a la suma de los emolumentos que hubiere devengado durante el período del aviso previo (art. 10). Pero a más de esta indemnización que procede por la insolvencia de los terrenos y aun en el caso de haber sido éstos respetados, el principal debe siempre abonar una segunda indemnización correspondiente a la mitad de tantos meses de estipendio cuantos sean los años de servicio prestados (artículo 10) (2). Con esta indemnización se debe considerar li-

(1) Se ha temido que al establecer la indemnización por cesación del empleo, aun respetando los términos del despido se introdujese la costumbre de contratar siempre por tiempo determinado, renovando el contrato año por año; por otra parte, con la fórmula empleada en el artículo 1.º, párrafo 1.º, propia del contrato por tiempo fijo, ¿se podrá evitar la sospecha de que el término se haya fijado para eludir la ley? Nos parece que se hace excesiva violencia en la voluntad contractual.

(2) Constituye esto una innovación importante con respecto a la ley de 1919 que no reconocía dicha indemnización, pero también es cierto que representa una carga onerosa para el principal. Se comprendería que se hubieran otorgado plazos más largos para el despido; pero con la nueva indemnización se ha introducido como una especie de tasa para el

ca
an
des
emp
dici
com

quidado y resarcido completamente el daño producido por el despido. En el caso inverso, si es el empleado quien voluntariamente rompe la relación sin respetar los términos, debe abonar al principal una indemnización equivalente a la promesa de las dos citadas (no a la segunda), con facultad en el principal de retenerla de las sumas que debiera pagar al dependiente (art. 14). La ruptura de la relación sin aviso previo y sin indemnización se admite únicamente en el período de prueba, pero éste debe hallarse probado documentalmente y no exceder de cierta duración (tres a seis meses, según las categorías) (art. 4.º).

Se asegura además al empleado su puesto en el caso de ser llamado de nuevo a prestar servicio militar (el primer llamamiento a tal servicio resuelve el contrato), o en caso de accidente o enfermedad (por tres o seis meses) (art. 6.º) y percibe los emolumentos normales cuando la suspensión de los trabajos propios del empleo se deba a hecho del principal (art. 6.º); se le garantiza también un reposo anual mínimo de diez a treinta días (art. 7.º) y la expedición de un certificado acreditativo del servicio prestado y de las funciones en el mismo desempeñadas (art. 16). Le prohíbe en cambio al empleado el celebrar por cuenta propia o de terceros, negocios en concurrencia con su principal y el explotar durante la vigencia del contrato y aun después de resuelto éste, las noticias o informaciones concernientes a la hacienda en que ha trabajado (art. 8.º). A su vez el principal no puede mediante convenciones especiales restringir la ulterior actividad profesional de su empleado, después de haber cesado la relación contractual (art. 8.º). Todas estas disposiciones de la ley son inderogables, de modo que cualquier pacto contrario a ellas sería nulo a no ser que la convención o los usos particulares impliquen condiciones más favorables para el empleado (artículos 17 y 10).

La competencia para juzgar de las controversias nacidas del caso de licenciamiento. La explicación es la siguiente: con el sistema anterior el principal abonaba toda la indemnización aun efectuando el despido dentro de los términos legales para no tener en la hacienda un empleado licenciado ya y desprovisto de interés por ella. Por haber reducido los términos y la indemnización se atribuye al empleado como compensación, una segunda indemnización.

contrato de empleo privado corresponde—hasta un valor de 20 mil liras—a comisiones arbitrales, provinciales en primera instancia y a una comisión central en apelación (art. 18 y Real decreto de 2 de Diciembre de 1923, núm. 2.686); excediendo de dicho valor corresponde a los Tribunales ordinarios (1).

IV. *Arrendamiento de obra y contrato de empresa.*—En tanto en el arrendamiento de obras es la energía de trabajo lo que se toma en consideración por las partes, ya se calcule la merced por tiempo o por unidad de trabajo, en el arrendamiento de obra se toma en consideración el resultado final del trabajo sin tener en cuenta el tiempo empleado o la energía consumida para producirlo. Empresa, en su más amplio concepto, es toda actividad productora de una persona tendente a la obtención de una utilidad económica y consistente en la transformación de una cosa o en la realización de una obra determinada. Contrato de empresa es aquel por cuya virtud una persona (*conductor operis*) se obliga frente a otra (comitente, *locator operis*) a efectuar una obra determinada y la otra a pagar un precio determinado. No es que una persona efectúe singulares actos de trabajo en servicio de otra, como ocurre en el contrato de trabajo: el empresario los realiza con vista a un resultado final que pasa a ser propiedad del comitente. De aquí resulta otra diferencia notable: en este contrato el trabajador no depende del *locator operis*, ni se da una ingerencia de éste en el trabajo de aquél.

Sería un error creer que sólo a obras de una cierta importancia se aplique el contrato de empresa. El uso frecuente de designar con el nombre de empresarios a los industriales y capitalistas que tienen en su dependencia numerosos obreros e instalaciones más o menos conspicuas, no impide que se repute también contrato de empresa aquel en cuya virtud un solo operario

(3) Literatura monográfica: Falletti, *Il contratto di impiego privato*, Milán, 1920; Peretti-Griva, *Il contratto di impiego privato*, Milán, 1920. Precedentes legislativos y doctrinales: Cogliolo, *Il contratto di impiego* (*Scritti vari*, I, páginas 331 y siguientes); *Idee direttive per il contratto di impiego* (*ib.* II, páginas 96 y siguientes); Montessori, *Il progetto di legge sul contratto di impiego privato* (*Riv. dir. comm.*, 1916, I, páginas 112 y siguientes).

asume el encargo de realizar una obra contra un precio determinado. Por otra parte, es infinitamente variado el género de obras que pueden ser objeto del contrato de empresa (construcción o reparación de un edificio, apertura de una zanja o de una calle, la pintura de un cuadro, el transporte de cosas, la confección de un traje, la organización de un espectáculo público). Sin embargo, dos especies de empresa son singularmente importantes, y a ellas se refiere principalmente el Código: el transporte de cosas o de personas por tierra o por agua y la empresa consistente en la entrega de un edificio o de una cosa mueble (art. 1.627, números 2 y 3) (1).

1. *Contrato de empresa (entreprise, marché; Werkvertrag)*. Por este contrato una persona (empresario) asume la obligación de realizar una cierta obra por encargo de otra (comitente) y ésta se obliga a abonarle un precio calculado proporcionalmente a la importancia de la obra. Ahora bien, cuando la obra consiste en la construcción o en la transformación de una cosa hay que distinguir dos casos diversos, según se pacte que el empresario suministre solamente su trabajo y su actividad industrial o que suministre también la materia (art. 1.634). Y la distinción es importante, no sólo en lo que se refiere a los efectos del perecimiento en las obligaciones recíprocas de ambas partes, sino también en cuanto a la estructuración jurídica de la relación, en el segundo caso, por la materia suministrada se dan elementos propios de la compraventa, si bien está sujeto a la misma disciplina que el primero. Dos hipótesis diversas hay que distinguir en cuanto a la determinación del precio, por lo que habrá que considerar dos especies distintas de empresa: o el precio es determinado (por regla general sobre la base de un presupuesto) con relación a la obra acabada, fijándose una suma, a *forfait*, un precio alzado y el constructor no tendrá derecho a aumentos o suplementos, aun cuando haya gastado en ella más de lo previsto; o se calcula aquél de modo aproximado, con reserva de ulteriores

(1) Lepage, *Traité des devis et des marchés*, París, 1809; Vita-Levi, *Della locazione di opere e degli appalti*, Torino, 1876; *Appalti* (en *Dig. it.*); Felici, *Appalto* (en *Dis. prat. di dir. priv.*).

variaciones en la obra y sobre la base de tarifas de precios de los materiales que se empleen (*empresa a medida, marché sur devis*) y la remuneración final debida al contratista resultará del valor de la obra, según la cantidad de trabajo y de los materiales empleados en ella.

A. *Obligaciones del empresario o contratista.*—Este debe realizar la obra según el plano preestablecido sin que pueda introducir variaciones en el mismo. Debe realizarla por sí o por sus dependientes y es responsable de lo hecho por éstos (artículo 1.644), los cuales no se hallan vinculados con el comitente por ninguna relación jurídica. Para que esto ocurra, precisa que éstos hayan contratado directamente con el comitente; el Código declara sujetos a las normas del contrato de empresa a los albañiles, herreros y demás obreros que hayan contratado directamente y a precio fijo, reputándolos contratistas por la parte de trabajo que ejecutan (art. 1.646). El contrato, aun cuando se apoya principalmente en las condiciones técnicas y personales del empresario o contratista, no tiene un carácter rigurosamente personal; por tanto, no mediando un pacto contrario, no puede impedirse la subempresa total o parcial que respete la primitiva relación.

b) Cuando la obra consiste en la construcción o transformación de una cosa y el pacto lo imponga, debe suministrar la materia, que ha de ser de la calidad pactada, y en todo caso, de buena calidad. Y como antes de entregar la cosa al comitente el contrato no puede considerarse ejecutado, el peligro del perecimiento de aquélla corre a cargo del contratista o empresario, el cual vendrá obligado a entregar otra, si la primitiva perece (artículo 1.635). Se aplica, pues, en orden a la materia y al trabajo el principio *res perit, domino* que no deja de aplicarse sino cuando el comitente incurre en mora en recibirla. El mismo principio se aplica en el caso inverso, esto es, en el caso de que la materia sea suministrada por el comitente y el obrero aplique solamente su trabajo o industria; el perecimiento corre entonces a cargo del comitente sólo en lo que a la materia se refiere (art. 1.636), y a cargo del obrero o artífice, por lo que atañe al trabajo, del cual, en tal caso no podrá ser pagado (art. 1.637): la condición para

la aplicación de este principio es que el perecimiento ocurre antes de la entrega y salvo los casos de mora en recibirla o verificarla por parte del comitente o de culpa del obrero o artífice o de perecimiento debido a un vicio de la materia.

c) Debe realizar la obra y entregarla dentro del término establecido, respondiendo de los perjuicios que deriven del incumplimiento de tal obligación. Debe también comenzar la obra a su debido tiempo para terminarla en el término convenido; de esto se deduce el derecho del comitente a resolver el contrato sin subyacer a las obligaciones establecidas en el art. 1.641, cuando la obra se haya comenzado con tal retardo que sea probable su no ejecución dentro del término pactado.

d) Finalmente, está obligado a garantizar la obra contra todos los vicios o defectos que deriven de una ejecución imperfecta o de mala calidad de los materiales cuando sea él quien los suministre. Este es el objeto del *derecho de verificación* que se concede al comitente y que se ejercita en el momento de la entrega o antes. Puede recaer la garantía sobre la obra acabada o sobre sus partes; en este último caso cuando se trate de trabajo de varios precios o de precios por pieza o medida, se presume hecha por todas las partes entregadas si el comitente paga al obrero en proporción al trabajo realizado (art. 1.638). Efectuada sin contestación la obra, hay aprobación de la misma y ningún vicio (a no ser que se hubiere ocultado dolosamente), puede hacerse valer por el comitente. En cambio, éste tiene la facultad de rechazar la obra cuando en el momento de la entrega resulte defectuosa o no corresponda a lo preestablecido, o de pedir una reducción proporcional del precio.

Una disposición excepcional rige, sin embargo, para las contratas que tienen por objeto la construcción de un edificio o de otra obra de cierta importancia; la ley, al tutelar el interés privado o público (por el peligro a que están expuestos los ciudadanos por construcciones defectuosas) impone al empresario o arquitecto, durante un decenio, a contar desde el día en que fué realizada la obra, la responsabilidad derivada de la ruina total o parcial de ella o del peligro de la ruina, siempre que aquélla o éste procedan de defecto en la construcción o de vicio del suelo.

Se trata de una responsabilidad solidaria que no puede excluirse con la prueba, con la aprobación ni por pacto expreso. Da lugar —aparte las responsabilidades penales y civiles frente a terceros perjudicados en su persona o en sus bienes— al derecho a obtener una indemnización en favor del comitente que pueda exigir todo el valor de la cosa y el perjuicio que su pérdida ocasione o la reparación de la misma y la eliminación de las causas por las cuales la obra amenaza ruina. Pero la acción no es ejercitable sino dentro de un bienio, a contar desde el día en que la ruina se produjo o el peligro se manifestó (art. 1.639) (1).

B. *Obligaciones del comitente*

a) La primera de éstas es la de *pagar el precio de la obra* en la cuantía y en el tiempo convenidos. Este precio es debido en razón de la cantidad de trabajo producido si la contrata es por pieza o medida, o en un tanto fijo si la contrata es a *forfait*. En este último caso las variaciones de los salarios o del coste de los materiales no influyen en el precio fijado; por tanto, cuando la obra haya sido ejecutada de conformidad con un plano preestablecido de común acuerdo con el comitente, ni éste puede solicitar disminución en el precio ni el contratista pedir aumento (artículo 1.640). Tampoco por variaciones o adiciones introducidas en el plano puede exigir aumento de precio si tales modificaciones no fueron aprobadas por escrito conviniéndose al mismo tiempo el precio con el comitente (art. 1.640) (2).

(1) Frémy-Ligneville, *Traité de la législ. des bâtiments et construction*, 1848; Masselin, *Jurispr. et traité prat. sur la responsabilité des architectes*, 1876.

(2) Esta norma hay que interpretarla y aplicarla sin demasiado vigor. El principio del enriquecimiento injusto, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la equidad en general imponen la necesidad de tener en cuenta en favor del contratista, los aumentos de los precios imprevistos y extraordinarios, las modificaciones que aumenten de modo considerable la entidad de la obra, etc.

Como ya indicamos en otra parte, durante la Gran Guerra y a consecuencia de la enorme perturbación de los mercados, hubo un reconocimiento legislativo parcial de tal principio, admitiéndose la excesiva one-

El precio es debido a quien asume la empresa. Sin embargo, los albañiles, herreros y en general cualquiera clase de obrero empleado en la ejecución de la obra y dependiente del contratista—aunque no se halla en relación jurídica directa con el comitente—tienen una acción contra éste además de la que les es concedida contra el contratista para exigir el pago de sus jornales, pero solamente en los límites del débito del comitente frente al contratista en el momento en que aquéllos hacen la reclamación (art. 1.645). Es, pues, una acción especial distinta de la subrogatoria a que se refiere el art. 1.234 y que se otorga para proteger más eficazmente el derecho de aquel que incorporó en la cosa ajena el propio trabajo (véase el art. 451).

b) El comitente debe *suministrar la materia* si no se pactó que la suministrase la otra parte. La materia debe ser idónea y de buena calidad. Si fuere defectuosa y la obra pereciere, no sólo corre a su cargo tal perecimiento (como en el caso de que la materia empleada sea buena), sino que éste no le exime de pagar al contratista el precio (art. 1.637).

c) Finalmente, está obligado a *recibir la obra terminada* y a comprobarla en virtud del derecho que corresponde a la otra parte de librarse de ulteriores responsabilidades y de percibir el precio convenido. La mora del comitente en recibir produce, como se ha visto ya, desplazamiento del *interitus rei*.

Fin del contrato.—Además del incumplimiento de las obligaciones de una y otra parte y del perecimiento de la cosa (cuando éste no haga subsistir en el empresario la obligación de

rosidad de la prestación como causa resolutoria de los contratos: en la práctica se optó por preferir la modificación de los precios, conveniéndose congruos aumentos que restablecieran el equilibrio de las prestaciones. Constituye una excepción y una violencia hecha a los principios del derecho contractual el Decreto de 20 de Junio de 1915, núm. 890, que en orden a los contratos de obras o suministros con la administración pública declaró inadmisibles las demandas de resolución dejando a la libre apreciación de la administración (juno de los contrayentes!) el estimar las cláusulas y pactos que no fueran ejecutables por causa de la guerra. Cogliolo, *Gli appalti pubblici e la guerra Dir. comm.*, 1915, página 434; 1917, pág. 554.

realizar la obra por segunda vez) resuelven el contrato de empresa dos causas especiales.

a) Por la *muerte del empresario*, del artesano, del arquitecto (art. 1.642), ya que la relación se funda principalmente en la confianza que en estas personas deposita el comitente y en la valoración de sus cualidades técnicas y personales. Se resuelve de pleno derecho y no a instancias del comitente, el cual viene obligado, por evitar el indebido enriquecimiento, a pagar a los herederos proporcionalmente al precio fijado en el contrato, el importe de los trabajos realizados y de los materiales empleados o adquiridos para su empleo, siempre que unos y otros puedan serle útiles para la prosecución de la obra (art. 1.643).

b) Por *resolución unilateral del comitente*: la ley concede a éste la facultad de resolver a su arbitrio el contrato y de detener su ejecución, aun cuando ésta haya comenzado (art. 1.641). Esta disposición (que se aplica a toda suerte de contratos, no sólo a las que tengan por objeto la construcción de edificios) tiene dentro de la teoría general de los contratos carácter excepcional; pero se explica y justifica por el interés que el comitente puede tener por causas sobrevenidas (alteración de las condiciones económicas, adquisición de la obra por otra vía, etc.) en no recibir la obra que fué encomendada; la posible arbitrariedad de la resolución unilateral es eliminada por la obligación que la ley le impone de indemnizar al empresario por todas las obras realizadas, así como también por las ganancias que habría podido obtener de tal empresa.

2. *Contrato de transporte* (1).—Puede definirse como aquel por cuya virtud el propietario o poseedor de un coche, de una

(1) Levi, *Il contratto di trasporto*, Bologna, 1883; Berlingieri, *Del contratto di trasporto* (en *Comm. cod. comm.*, Turín, 1889; Bruschetti, *Contratto di trasporto* (en *Comm. cod. comm.*, de Vallardi, Milán, volumen IV, páginas 211 y siguientes); Marchesini, *Il contratto di trasporto delle merci per ferrovia*, Milán; Gasca, *Codice ferroviario*, Milán, 1887; Malgeri, *Il contratto di trasporto terrestre di cose e di persone*, Milán, 1913; Grassi, *Del contratto di trasporto*, Turín, 1914; Asquini, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, Padua, 1915. Sobre los transportes cumulativos: Valeri, *Trasporti cumulativi*, Milán, 1913; Brunetti, *Lineamenti gen. del trasporto cumul. marit* (*Dir. comm.*, 1916, I, páginas 121 y siguientes).

navé, o el comisionista de transportes (agentes de emigración, cochero) se obliga a efectuar el transporte de cosas o personas de un lugar a otro, por una determinada compensación (flete, porte, precio) que paga el que hace el encargo (remitente, viajero). La disciplina de esta relación, que por efecto del intenso tráfico y de la compleja organización de los medios y empresas de transporte, constituye uno de los más extensos campos de las industrias mercantiles, es objeto casi exclusivo del Derecho mercantil; tal relación está casuísticamente regulada por preceptos aislados del Código de Comercio en lo referente al transporte de cosas por tierra (*contrato de transporte*, artículos 388-416), al transporte de cosas por vía acuática (*contrato de fletamento*, artículos 547-581), al transporte de personas por vía acuática (*contrato de pasaje*, artículos 582-589); por leyes y convenios ferroviarios (ley de 27 de Abril de 1885, núm. 3.048; ley de 22 de Abril de 1905, núm. 137; Real decreto-ley de 12 de Noviembre de 1921, núm. 1.585, etc.) en lo que se refiere al transporte de cosas o personas por ferrocarril. Las normas acogidas en el Código civil (artículos 1.629-1.633) se reducen a unos cuantos principios generales que apenas diseñan las líneas fundamentales de la institución, si bien establecen la distinción entre el contrato civil y el contrato mercantil de transporte. La cualidad de mercantil se adquiere por el contrato cuando éste se ejecuta como una empresa mercantil o cuando lo ejecuta un comerciante.

Por lo demás, prescindiendo de algunas diferencias, el contrato de transporte no difiere de otras formas del arrendamiento de obra, especialmente de la responsabilidad que afecta al porteador apenas éste recibe las cosas que se han de transportar y de la aplicación a esta responsabilidad de las normas del depósito (art. 1.629) no deriva que el contrato que estudiamos tenga, como este último, carácter de contrato real (en el sentido romano), ya que las obligaciones recíprocas surgen antes de la entrega por efecto de la misma convención.

tes); Asquini, *I trasporti cumulativi di persone* (Studi per Margheri, páginas 247 y siguientes).

A. *Obligaciones del porteador*

a) Debe recibir las cosas en el vagón o en la nave en el lugar y en el tiempo convenidos, y transportarlas y entregarlas al destinatario, que puede ser el mismo remitente o un tercero, en el lugar y término fijados. El retraso en efectuar la entrega al consignatario le hace responsable de los daños causados al cargador o remitente a no ser que tal retraso derive de un hecho que no sea imputable al porteador (1).

b) El recibo de las cosas, el transporte y la entrega al consignatario pueden hacerse personalmente por el porteador o valiéndose total o parcialmente de otros porteadores; pero aun en este último caso el primer porteador es el que responde frente al cargador, y responde por sus dependientes y por los sucesivos porteadores y por toda persona a quien encomiende la ejecución del transporte (Código de Comercio, art. 398).

c) Está obligado a la custodia y conservación de las cosas que le son entregadas y responde tanto del perecimiento como de los daños y averías de las mismas durante todo el tiempo que las tiene en su custodia. Esta comienza antes de ser las cosas recibidas en el vagón o en la nave; se inicia en el momento en que son entregadas al porteador o a sus dependientes en el puerto o en el domicilio de aquél para ser colocadas en la nave o en el vagón (art. 1.630). La responsabilidad que se origina según el art. 1.629 es la misma que la ley (artículos 1.866 1.868) establece a cargo de los pasajeros; de aquí la consecuencia de que el porteador responda de los hurtos. La responsabilidad se extiende al perecimiento, deterioro y averías, pero no se funda en una

(1) Si se trata del transporte de personas la responsabilidad del porteador es muy grave y tal cuestión agita a la doctrina y a la jurisprudencia que se manifiestan por la teoría de la contractualidad o por la de la extracontractualidad. La primera es la prevalente, estimándose que la responsabilidad del porteador nace del contrato de transporte en cuanto implica la obligación de transportar incólume al viajero a su destino. Un estudio completo de la materia puede verse en Asquini, *La resp. del vettore per infortunio del viaggiatore* (*Riv. dir. comm.*, 1919; II, páginas 350 y siguientes).

presunción de culpa. El porteador puede eludirla probando que el perecimiento o avería de las mercancías se debe a caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.631) o a un hecho imputable al cargador (Código de Comercio, art. 1.400) (1).

a) Deben, finalmente, los empresarios de transportes terrestres o por vía acuática, para la más rápida y segura investigación de su responsabilidad, llevar un registro del dinero y de los efectos que reciben para su transporte (art. 1.632); respecto a otras obligaciones están sujetos a especiales normas (art. 1.633).

B. *Obligaciones del cargador o remitente*

a) Debe pagar el precio del transporte en proporción a la distancia o abonar la suma global convenida antes de comenzar el viaje o a la recepción de las cosas por el porteador o a la en-

(1) La ley (art. 416 del Código de Comercio) no consiente el estipular cláusulas que excluyan o limiten en los transportes ferroviarios las obligaciones y responsabilidades establecidas por la ley misma declarándolas nulas y de ningún efecto; las admite, sin embargo, en cuanto a la limitación de la responsabilidad corresponde una disminución en el precio de transporte establecido en las tarifas ordinarias.

Durante la guerra hubo una atenuación de las responsabilidades ferroviarias por el Real decreto de 15 de Abril de 1915, núm. 672, el cual autorizó a la dirección de los ferrocarriles a suspender o limitar los transportes de mercancías para el público y para aceptarlas solamente a riesgo y peligro del cargador.

Sin embargo, de este precepto no derivaba la exoneración de responsabilidad del porteador en los casos de dolo o culpa grave del mismo; según algunos se sentaba una presunción *juris tantum* de responsabilidad de las empresas ferroviarias, presunciones que caían probando el remitente el dolo o la culpa del porteador; según otros y esta es también nuestra opinión, el precepto citado establecía una presunción de nexo causal entre el daño y las condiciones anormales del tráfico durante la guerra, presunción *juris tantum* que sería excluida por la prueba contraria dada por el cargador de la culpa grave o leve del porteador. Por tanto, según esta última interpretación, la nueva norma se limita a desplazar la carga de la prueba, imponiendo al remitente (o al destinatario) la obligación de probar la culpa de la Empresa porteadora mientras que en el derecho normal (art. 400 del Código de Comercio, tarifa 130) corría a cargo de dicha Empresa la causa de la fuerza mayor o del caso fortuito.

regala de las mercancías a su destinatario según lo pactado. Está obligado también a pagarlo cuando el transporte no haya podido efectuarse total o parcialmente por un hecho imputable al cargador; no cuando la inejecución del contrato sea debida a un hecho del porteador o a un hecho extraño no imputable a uno ni a otro. A más del flete o porte se deben los gastos hechos para la conservación de la cosa. El crédito correspondiente se halla garantizado por un privilegio especial sobre los objetos transportados (Código de Comercio, art. 1.958, núm. 9, y artículo 412).

b) Está obligado el remitente a entregar las cosas en buen estado y protegidas convenientemente contra los riesgos de las operaciones de carga y descarga y los de los inherentes al viaje. La inobservancia de esta obligación puede reducir o eliminar totalmente la responsabilidad del porteador (Código de Comercio, artículos 393, 399).

c) Finalmente, está obligado a indicar con exactitud la persona del destinatario y el lugar en donde deben ser entregadas las cosas y accidentalmente la naturaleza y valor de los bultos o paquetes que contienen los objetos cuando éstos sean deteriorables o preciosos (Código de Comercio, artículos 401, 404, 406, 498)(1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Tan deficiente como el Código italiano es el nuestro en orden a la regulación de las numerosas variedades del arrendamiento. Todas las críticas que el autor aplica a aquél, pueden tenerse aquí por reproducidas, si bien hemos de señalar que las relaciones entre patronos y obreros están reguladas en nuestra legislación por un Código especial: el de Trabajo, complementado por numerosas disposiciones y que en nuestro Código civil carecen de regulación los contratos agrícolas — en la técnica de Ruggiero — a los que sólo dedica un artículo, el 1.579.

Todas las deficiencias en la regulación de este contrato de tanta trascendencia social tienen como causa aquella que señaló muy agudamente don Augusto Comas al discutirse el Proyecto de Código de 1882: para hacer un Código individualista era ya muy tarde y para inspirarse en el sentido social era demasiado pronto.

Dice nuestro Código (art. 1.542) que el arrendamiento puede ser de cosas o de obras o de servicios. Estudiemos estas tres modalidades del contrato.

Arrendamiento de cosas.—Definido casi con iguales palabras por los Códigos italiano (art. 1.569) y español (art. 1.543) hace el autor el examen de los elementos que integran, no significando la gran trascenden-

cia de la determinación del tiempo, pues si bien el Código italiano fija una limitación en la duración de los arrendamientos de inmuebles, al omitirla el español, había de exigir ese requisito, pues indeterminado el tiempo y pudiendo ser, por tanto, el arrendamiento perpetuo, en nada se diferenciaría, salvo en la intención de las partes, del censo enfiteutico (*Sentencia* de 11 de Febrero de 1908) cuando aquél fuera de inmuebles.

I.—ELEMENTOS ESENCIALES

a) *Consentimiento*.—Conformes las partes en la cosa, cuyo uso se transmite en la duración del uso y en el precio se formaliza el contrato. ¿Nace de él un derecho real? Teóricamente y a la vista de nuestro Código hay que contestar negativamente. Quizás sin un fundamento serio, pues no hay ninguna nota diferencial verdadera entre arrendamiento y usufructo, por ejemplo, capaz de justificar el carácter real de este derecho y el personal de aquél; y al menos prácticamente hay que admitir que el arrendamiento de inmuebles inscrito en el Registro (art. 2.º de la ley Hipotecaria, núm. 5.º) produce efectos de derecho real y por tal lo tienen Manresa, Sánchez Román, Clemente de Diego y Valverde, si bien no deben olvidarse los peculiares efectos que la inscripción hace surgir de derechos personales para terceros determinados además de los que nacen para el deudor, sin que por ello se modifique la naturaleza del derecho inscrito (Wieland).

La capacidad para prestar el consentimiento, exigida por ambos Códigos, es análoga, mas la limitación que surge en los arrendamientos por más de seis años (Código civil español, art. 1.548) es de nueve años en el Derecho italiano y como consecuencia de la limitación que tienen para realizar actos de administración extraordinaria determinadas personas.

b) *Cosa*.—Pueden ser objeto de este contrato todas, salvo las que se consumen por el uso (art. 1.545 del Código civil español) dando lugar en los inmuebles al contrato llamado colonato, si son rústicos, o inquilinato, si son urbanos; a los muebles sólo se refieren ambos Códigos (artículos 1.607 del italiano y 1.582 del español) en el caso de que se arrienden con una casa como menaje de la misma. En cuanto a duración del disfrute, el Código italiano (art. 1.571) fija un término máximo para el de los inmuebles, de treinta años, la vida de un inquilino y dos años más, o cien años, según los casos; nuestro Código no lo exige, sólo requiere que el plazo sea determinado (art. 1.543).

c) *Precio*.—Sólo exige nuestro Código que sea cierto (1.543), pudiendo ser en dinero o en frutos, o en mejoras o en servicios (*Sent.* de 12 de Octubre de 1905), o en el goce de otra cosa que el arrendatario se compromete a entregar a tal fin al arrendador (*Sent.* de 22 de Junio de 1904).

II.—EFECTOS DEL CONTRATO

A. *Obligaciones del arrendador*.—Determinadas en el art. 1.554 del Código civil español, concuerdan con las fijadas en el 1.575 del Código italiano.

a) *La entrega* de la cosa ha de hacerse con todas sus acciones y en buen estado.

b) *Debe conservar la cosa en buen uso* realizando las reparaciones que la cosa necesite y debiendo tolerarlas el arrendatario y, si éstas determi-

naran una disminución del disfrute que exceda de cuarenta días (veinte en el Código italiano), da lugar a una reducción de la renta en proporción al tiempo de duración y a la parte de finca de que se le prive y aun la rescisión del contrato si queda inhabitable la parte destinada a habitación del conductor (artículos 1.580 del Código civil italiano y 1.558 del Código civil español). Responde de los vicios de la cosa (1.553 del Código civil español y 1.577 del italiano).

c) *Mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento* por el tiempo del contrato, respondiendo de las perturbaciones que sufra y no sean de nuevo hecho (artículos 1.581 del Código civil italiano y 1.560 del Código civil español); y

d) Una vez terminado el contrato, *a pagar las mejoras útiles y voluntarias* hechas por el arrendatario (art. 1.573 del Código civil español).

B. *Obligaciones del arrendatario.*—Concuerdan los artículos 1.583 del Código italiano y 1.555 del Código español y ambos fijan las siguientes:

a) *Pago del precio*, el cual ha de satisfacerse en el lugar y tiempo convenido, y en su defecto se estará en cuanto al tiempo a la costumbre de la tierra, y en cuanto al lugar, a lo establecido en el art. 1.171 (art. 1.574 del Código civil español).

b) *Usar de la cosa como un diligente padre de familia*, no pudiendo dejar de usarla (*Sent.* de 23 de Junio de 1920) ni alterar el uso pactado o que se infiera de su naturaleza, debiendo poner en conocimiento del propietario toda usurpación o novedad dañosa y la necesidad de reparación, respondiendo de los daños y perjuicios que por su negligencia se ocasionen (artículos 1.559 del Código civil español y 1.577 del Código civil italiano). Nuestro Código no regula como caso de especial responsabilidad, el del arrendatario por incendio de la cosa arrendada (artículos 1.589 y 1.590 del Código civil italiano) que se regirá por las normas generales. No entraña mal uso de la cosa el subarrendarla a otro cuando no le esté prohibido expresamente (art. 1.551 del Código civil español y 1.573 del italiano), creando una relación directa entre arrendador y subarrendatario, por la que éste está obligado con aquél por los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa (1.551) y por el importe del precio del subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento (1.574 del Código civil italiano y 1.552 del Código civil español). Paralelo al subarriendo está la cesión del arrendamiento, no regulada en nuestro Código, por lo cual ha de regirse por la cesión de deudas, requiriéndose para que tenga lugar autorización expresa del arrendador. c) *Devolver la finca al concluir el arriendo*, tal como la recibió (art. 1.561), presumiéndose la recibió en buen estado (artículos 1.562 del Código civil español y 1.586 del Código civil italiano), respondiendo del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, ya sea por actos propios, ya por los de personas de su casa, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya (artículos 1.563 — concordante con el 1.588 del Código civil italiano — y 1.564 del Código civil español); y d) *Tiene también el arrendatario que pagar los gastos de la escritura del contrato* (art. 1.555 del Código civil español).

III.—FIN DEL ARRENDAMIENTO

1. *Por incumplimiento de sus obligaciones* podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o esto último solamente si optan por la subsistencia (art. 1.556 del Código civil español y 1.595 del Código civil italiano).

2. *Por perecimiento de la cosa.* Sólo regulado en nuestro Código civil (art. 1.568) el perecimiento total, declarando aplicables las reglas de los artículos 1.182 y 1.183 (la última edición del Código y la Colección legislativa añaden en este artículo como aplicables los artículos 1.101 y 1.124).

3. *Por cumplimiento del término,* artículos 1.565 del Código civil español y 1.591 del Código civil italiano, si bien puede darse tácita reconducción por disfrute de la cosa por el arrendatario, con aquiescencia del arrendador, por un plazo determinado, salvo que haya precedido requerimiento (art. 1.566 del Código civil español y 1.592 y 1.593 del Código civil italiano). El contrato no se prorroga naciendo una relación jurídica nueva (Sentencia de 20 de Noviembre de 1909) por un plazo legal (artículos 1.577 y 1.581 del Código civil español y 1.622 y 1.608 del Código civil italiano), resolviéndose las obligaciones de garantía prestadas para el contrato primitivo (art. 1.567 del Código civil español).

4. *Por resolución del derecho del constituyente,* así los arrendamientos pactados por el usufructuario que se extinguen al terminar el usufructo (art. 480 del Código civil español), y

5. *Por voluntad del adquirente de cosa arrendada,* que no lo sea con pacto de retraer (art. 1.572) y en caso de arrendamiento no inscrito (artículo 1.571 del Código civil español), cuya doctrina no concuerda con la del Código civil italiano (artículos 1.597 a 1.599 y 1.601), que otorga al arrendamiento eficacia frente al adquirente en todo caso y salvo pacto en contrario.

No son causas de extinción necesaria del contrato ni la muerte de uno de los contratantes ni la necesidad de ocupar el arrendador las cosas arrendadas, aun sin los preceptos expresos del Código italiano (artículos 1.596 y 1.612 y 1.613) que faltan en nuestro Código.

Disposiciones especiales de nuestro Código referentes a arrendamientos de predios rústicos o urbanos. a) *Arrendamiento de predios rústicos.* - Se refieren a la rebaja de la renta en caso de pérdida de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios, salvo pacto en contrario (art. 1.575 del Código civil español y artículos 1.617-1.621 del Código civil italiano), que no alcanza al caso de que se dé cuando los frutos estén separados de su raíz o tronco (art. 1.576); al plazo de duración de los arrendamientos, cuando no se pactó (artículos 1.577 del Código civil español y 1.622 del Código civil italiano), y a las relaciones entre el arrendatario entrante y el saliente (artículos 1.578 del Código civil español y 1.625-1.626 del Código civil italiano). Además, es importantísimo sobre esta materia el Real decreto ley de 21 de Noviembre de 1929, que modifica el Código civil en cuanto a arrendamiento de predios agrícolas, estableciendo: la facultad de obtener la anulación del contrato cuando fuese abusiva la renta (art. 4.º); un plazo mínimo de duración (art. 8.º); la prórroga por una vez a voluntad del arrendatario (art. 9.º); tácita reconducción en la prórroga por igual plazo (art. 10); respeto por el adquirente de los contratos subsistentes en el acto de la compra (art. 11); reducción de renta si el arrendador no hiciere las reparaciones necesarias (art. 14); prohibición del subarriendo sin autorización expresa en el contrato (art. 20); necesidad de constar por escrito y ser inscrito el contrato en el Registro de arrendamientos para que surta efectos (art. 19); contiene, además, normas sobre el alcance de la disposición (art. 3.º), nulidad de ciertos pactos (artículos 5.º, 6.º, 7.º, 20 y 22), facultades y obligaciones del arrendatario (artículos 12 y 13), mejoras (15, 16, 17 y 18) y continuación del arrendamiento por la viuda e hijos del arrendatario, con ciertas condiciones (art. 21).

b) *Arrendamientos de predios urbanos.*—Se refiere a reparaciones

(art. 1.580); plazo legal de duración, cuando no se pactó en el contrato (artículos 1.581 del Código civil español y 1.608 del Código civil italiano) y al plazo de duración del arrendamiento de muebles con una casa-habitación o tienda (art. 1.582). También estas disposiciones han de ser complementadas con las disposiciones especiales, determinadas por la escasez de viviendas, iniciadas por el Real decreto de 21 de Junio de 1920 estableciendo la prórroga forzosa en beneficio del arrendatario de los contratos de arrendamiento de casas de habitación y establecimientos mercantiles e industriales en poblaciones de un censo determinado y hoy regidos por el Real decreto de 21 de Diciembre de 1925, prorrogado y modificado por los Reales decretos de 14 de Diciembre de 1928 y 4 de Diciembre de 1928

Contratos agrícolas.—Todo el contenido de nuestro Código civil con referencia a los contratos afines al arrendamiento, que el autor señala con el nombre de contratos agrícolas, queda reducido al peregrino y sincero art. 1.579, que dice: «El arrendamiento por aparcería de tierra de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles e industriales se registrará por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la costumbre de la tierra». Peregrina es esta disposición, por comenzar hablando de arrendamiento y referir su régimen al contrato de sociedad, y sincera por mostrar las vacilaciones y dudas que existen en legislaciones y tratadistas para asimilar la aparcería al arrendamiento (Código italiano) o a la sociedad (Código portugués). El proyecto Ugarte asimilaba la de predios rústicos al arrendamiento, y la pecuaria y de establecimientos fabriles e industriales a la sociedad. Además, este artículo tiene como notorio defecto el alterar las fuentes determinantes de las normas que han de regirlo, debiendo entenderse que primero rija la voluntad de las partes, después las disposiciones del contrato de sociedad, y, por último, la costumbre de la tierra. En España se presenta con mucha frecuencia en las regiones forales y aun en algunas que no lo son.

Arrendamiento de obras o contrato de trabajo.—Deficientísima, como en el Código italiano, es la regulación de las relaciones derivadas del contrato de trabajo—que, según Gide, debía llamarse de salariado—, en nuestro Código civil. Sus redactores no podían ver la enorme trascendencia del problema a resolver—era demasiado pronto, como decía don Augusto Comas—, y se contentaron con dedicar cinco artículos y referirse en otros tres a las normas que habían de solucionarlo. Esos artículos, tanto se refieren al trabajo de sirvientes como al de jornaleros asalariados. En el 1.544 (concordante con el 1.570 del Código civil italiano), se define comprendiendo tanto la *locatio operis* como la *locatio operarum*. Dedicó el 1.584 a establecer una injusta presunción en favor del testimonio de los amos en cuanto a pago de salarios a los criados domésticos y a declarar la posibilidad de despedirse y ser despedidos, y el 1.585 a declarar que entre amos y sirvientes rige lo dispuesto en leyes y Reglamentos especiales.

Más trascendencia tienen las disposiciones de los artículos 1.583, que señala el alcance en cuanto al tiempo del contrato de trabajo, declarando nulo el hecho de por vida (art. 1.628 del Código civil italiano); el 1.586, que declara la subsistencia del contrato por cierto tiempo y para cierta obra hasta su cumplimiento, no pudiendo ser despedidos los trabajadores asalariados antes, sin justa causa; el 1.587, que establece como efecto de la terminación del contrato la facultad de desposeer a los trabajadores asalariados de las herramientas y edificios que ocuparen por razón de su cargo; el que fija en tres años el plazo de prescripción de las

acciones para reclamar salarios y el de los suministros o desembolsos que hubieren hecho los trabajadores concernientes a sus servicios, y el 1.924, que señala el orden de prelación de créditos por jornales y salarios de dependientes y criados domésticos correspondientes al último año.

La notoria insuficiencia de estas normas dió lugar a la publicación de numerosas disposiciones que constituyen el llamado derecho social, cuyo eje es, desde su publicación por Real decreto de 23 de Agosto de 1926, el Código de Trabajo, donde se ofrecen «un conjunto de preceptos predominantemente sustantivos, relativos a materias homogéneas y con carácter de permanencia» (de la Exposición de motivos). Este Código está dividido en cuatro libros. El primero, dedicado al contrato de trabajo en general, comprende también sus relaciones con las obras y servicios públicos y el contrato de embarco; el libro segundo regula el contrato de aprendizaje; el tercero trata de los accidentes del trabajo y el cuarto de los Tribunales industriales.

Se han incorporado al Código de Trabajo las disposiciones sobre accidentes del trabajo: ley de 10 de Enero de 1922 y Reglamento de 29 de Diciembre de 1912; sobre contrato de aprendizaje: ley de 17 de Julio de 1911, y sobre Tribunales industriales: ley de 22 de Julio de 1912.

Las normas reguladoras del contrato de trabajo que el Código desarrolla en el título I del libro I están directamente inspiradas en el proyecto de ley sobre el contrato de trabajo formado por el Instituto de Reformas Sociales, y a ellas nos vamos a referir exclusivamente.

A. *Definición.*—Se entenderá por contrato de trabajo aquel por virtud del cual un obrero se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a un patrono por precio cierto (art. 1.º).

B. *Clases.* Puede ser el contrato, en orden a los sujetos que intervengan, individual o colectivo (art. 3.º), siendo obligatorio el efectuarlo de esta última clase para los patronos contratistas y obreros que intervengan en la construcción de casas baratas que se levanten con el producto de préstamos del Estado (art. 7.º).

C. *Elementos esenciales.*—a) *Consentimiento.*—Pueden prestarlo, tanto las personas naturales como las jurídicas (art. 3.º); la capacidad de éstas es la determinada en los artículos 37 y 38 del Código civil, y en cuanto a la de aquéllas, pueden otorgarlo: 1.º Los mayores de diez y ocho años. 2.º Los mayores de catorce años y menores de diez y ocho, con autorización del que tenga la patria potestad, de su guardador o de la Autoridad local, entendiéndose que no es necesaria esta autorización cuando el mayor de catorce años y menor de diez y ocho viva independiente de sus padres con su permiso; y 3.º La mujer casada con autorización marital, que no será necesaria cuando esté separada de él legalmente o de hecho (art. 4.º).

b) *Objeto.*—Es el trabajo que ha de prestarse por el obrero, el cual puede ser sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para obra o servicio determinado (art. 11).

c) *Precio.*—Ha de ser cierto (art. 1.º) y sirve para determinar la duración del contrato cuando no se pactó por plazo determinado, entendiéndose, salvo prueba de costumbre en contrario, que se celebró por días, cuando la remuneración sea diaria, aun cuando su pago se efectúe por semanas o quincenas; por meses, cuando la remuneración sea mensual, y anual, si es por años (art. 18).

D. *Forma.*—No se exigen requisitos formales, suponiéndose existente el contrato entre todo aquel que da trabajo y el que lo presta; a falta de estipulación escrita o verbal se aplicarán los usos y costumbres de cada localidad en la respectiva clase de trabajo (art. 2.º). Sin embar-

go, deberán constar por escrito aquellos contratos en los que cualquiera de las prestaciones exceda de 1.500 pesetas, y, en general, los colectivos (art. 6.º).

E. *Efectos.* — a) *Obligaciones del patrono.* — La principal obligación del patrono es pagar el precio o salario, cuyo pago ha de hacerlo en moneda de curso legal, fuera de lugares de recreo, taberna, cantina o tienda, salvo que se trate de obreros empleados en alguno de estos establecimientos (art. 13). El pago ha de verificarlo parcialmente cuando la obligación sea divisible y el obrero exija el recibo de la obra por partes (art. 12). Será válido el pago hecho a la mujer casada y al menor si no se oponen los que han de concurrir a prestar autorización para celebrar el contrato. El marido no puede oponerse, en caso de separación legal o de hecho (art. 14).

Como protección al salario, evitando el llamado *truck system*, se prohíbe el establecimiento en fábricas, obras o explotaciones, de tienda, cantinas o expendedurías que pertenezcan a los patronos, destajistas, capataces o representantes suyos o a persona que tenga por razón del trabajo alguna autoridad sobre los obreros de la industria respectiva, siendo nula toda condición que obligue a adquirir ciertos objetos a los obreros en lugares determinados. Sin embargo, las Empresas pueden establecer economatos, en cuya administración tengan intervención los obreros, se venda a precio de coste, y no sea obligatorio en los obreros el aceptar el suministro (art. 15).

La misma finalidad, cuando la economía del patrono o del obrero no está en situación normal, tienen los artículos 16 y 17, que establecen: el primero, un derecho de preferencia en favor del obrero por los salarios devengados en los casos de concurso de acreedores o quiebra de patrono, y el segundo, que declara inembargables los salarios en cantidad tal, que lo reduzcan a menos de cuatro pesetas.

Otra obligación legal tiene el patrono, y es la de dar al obrero un certificado a la terminación del contrato; en él hará constar el tiempo y la clase de trabajo o servicio que aquél le prestó (art. 24).

b) *Obligaciones del obrero.* — No están expresamente determinadas en el Código de Trabajo, fuera de la obligación genérica del art. 1.º: ejecutar una obra o prestar un servicio. Concretamente se determinarán en el pacto las modalidades del cumplimiento de aquella obligación, y a falta de estipulación regirán los usos y costumbres de cada localidad en la respectiva clase de trabajo (art. 2.º).

F. *Suspensión y terminación del contrato.* — a) *Suspensión.* — El servicio militar en el Ejército o la Armada suspende el contrato, mientras permanezcan en filas, para aquellos que desempeñen en propiedad cargo retribuido del Estado, provincia o Municipio, o de establecimientos, Empresas o Sociedades intervenidas, subvencionadas o que tengan contratos con aquéllos (art. 39).

b) *Terminación.* — Celebrado el contrato por tiempo determinado, ninguna de las partes podrá darlo por terminado antes de su vencimiento, a no mediar justa causa (art. 20).

Son justas causas: A favor del patrono: 1.ª La falta repetida a las condiciones propias del contrato. 2.ª La falta de confianza debida en las gestiones o en la clase de trabajo a que se dedique el obrero. 3.ª Los malos tratamientos o la falta grave al respeto y consideración por parte del obrero al patrono, su familia o su representante y a los compañeros de trabajo (art. 21).

A favor del obrero: 1.ª La falta de pago de la remuneración en el plazo y forma convenidos. 2.ª La falta de cumplimiento de cualquiera de las

demás condiciones estipuladas en beneficio del obrero; y 3.^a Los malos tratamientos o la falta grave al respeto y consideración debidos al mismo por parte del patrono, de su familia, de sus representantes, de sus obreros o dependientes (art. 22).

Sobre despido de dependientes de comercio, rigen las normas de los artículos 300 a 302 del Código de Comercio (art. 23).

Además de estas normas, se fija (en el art. 8.^o) en tres años el plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo, a contar desde su terminación, y se declara (art. 9.^o), en orden a la esfera del Derecho internacional, aplicable a este contrato la regla *locus regit actum*.

Arrendamiento de obra y contrato de Empresa.—Bajo el epígrafe «De las obras por ajuste o precio alzado», se regula en nuestro Código civil la modalidad del contrato de arrendamiento, llamada en Derecho romano *locatio operis*, y en el moderno Derecho contrato de empresa, si bien en este concepto ha de entenderse incluido el contrato de transporte, al que luego nos referiremos.

Los preceptos de nuestro Código —notoriamente insuficientes—, son casi idénticos a los del italiano, y la doctrina que el autor expone respecto a éste es perfectamente aplicable al Derecho español.

Se admiten en nuestro Código (art. 1.588) las dos variedades del artículo 1.634 del Código civil italiano, o sean, la simple ejecución de la obra, o ésta y la aportación de materiales.

Efectos del contrato.—Produce obligaciones del empresario, que responde de los actos de sus dependientes (art. 1.644 del Código civil italiano y 1.596 del Código civil español), y ha de entregar la obra, pero teniendo derecho de retener la cosa mueble en que haya ejecutado una obra, en prenda hasta que se le pague (art. 1.600).

Regula el Código civil la responsabilidad del contratista en caso de pérdida de la cosa, distinguiendo si el perecimiento es anterior a la entrega y se aportaron materiales (1.589 del Código civil español y 1.635 del Código civil italiano) o no se aportaron (1.590 del Código civil español y 1.636 y 1.637 del Código civil italiano). Si el perecimiento es posterior a la entrega, sólo regula el caso especial de ruina de edificios, que es caso de excepción (art. 1.591 del Código civil español y 1.639 del Código civil italiano).

El comitente o dueño por su parte está obligado a recibir la obra—refiriéndose a esta obligación el art. 1.598 del Código civil español—y a pagar el precio, que no puede variar de cuantía si no variaron las condiciones de ejecución de la obra que se hace, según planos (art. 1.593 del Código civil español y 1.640 del Código civil italiano); el pago deberá hacerse cuando se entregue la obra (art. 1.599); pero si se hace la obra por piezas, puede el empresario exigir que se reciba por partes y se pague en proporción (art. 1.592). Hasta la cuantía del débito del dueño al contratista tienen acción directa los que ponen trabajo o materiales en la obra contra el comitente o dueño, aunque no están ligados directamente con él (art. 1.597 del Código civil español y 1.645 del Código civil italiano).

El contrato se extingue, además de por las causas generales: por muerte del empresario (artículos 1.642 y 1.643 del Código civil italiano y 1.595 del Código civil español) y por voluntad del comitente (artículos 1.594 del Código civil español y 1.641 del Código civil italiano).

Contrato de transporte.—Casi exclusivamente mercantil este contrato, su regulación en el Código civil fué reducida a tres artículos: los 1.601 a 1.603, de los que los dos primeros se refieren a casos de responsabilidad

§ 89.—*Sociedad*

Brugi, *Ist.* § 65 (L. f.); Pacifici, *Ist.* V, pág. 415; Chironi, *Ist.* II, §§ 340-343; Zachariae, *Man.* II, §§ 337-305; Aubry y Rau, *Cours.* VI, §§ 377-385; Planiol, *Traité* II, números 1,933 y siguientes; Windscheid, *Pand.* II, §§ 405-408 (1).

La asociación de dos o más personas que ponen en común una o varias cosas, capitales o créditos o la propia actividad personal, tiene por objeto obtener una ganancia, constituyendo ésta la finalidad y el contenido del contrato social. Responde tal contrato a la insuficiencia de las fuerzas individuales para ejercer la industria o el comercio y para el mejor disfrute de una cosa o de un patrimonio; por ello quien carece de capitales y sólo posee una energía de trabajo, o viceversa, se asocia a otros que complementan los medios económicos, repartiendo con éstos las ganancias o pérdidas de la empresa. La comunión es, pues, la base natural del contrato de sociedad; a diferencia de otras formas de la misma, la que genera la sociedad se origina en el consentimiento, que a su vez brota de un cierto espíritu de fraternidad y de recíproca confianza que aviva la cooperación de los socios.

del prestador, y el último remite a lo que dispongan las leyes y Reglamentos especiales. En lo demás, el contrato de transporte ha de entenderse regulado, si es por tierra, por los artículos 349 a 379, y si es por mar, por los 652 a 718, todos del Código de Comercio, habiendo de tenerse en cuenta también el Reglamento de Policía de Ferrocarriles de 8 de Septiembre de 1878.

(1) Para la doctrina y la historia en el Derecho romano, véase Perace, *Ziem röm. Gesellschaftsvertrage* (Savigny Stiftung, III, 1882, páginas 48 y siguientes); Treitschke, *Die Lehre von der unbeschränkten obligatorischen Gewerbe-gesellschaft und von commanditen*, 1844; Ferrini, *Origini del contratto di società* (Arch. giur., XXXVIII, 1887, páginas 3 y siguientes). Para estudiar la institución en el Derecho romano: Troplong, *Contrat de Société*, 1846; Pont, *Société civ. et comm.*, 1885; Guillouard, *Traité du contrat de Société*, 1893; Rodino, *Il contratto di società nel dir. civ. it.*, Turín, 1903; Manara, *Società ed associazioni comm.*, Turín, 1902-6; Vivante, *Società comm.* (vol. II de su *Tratt. di dir. comm.*, 5.^a ed., Milán, 1923); Marghieri-Scialoja, *Società ed assoc.* (en *Tratt. di dir. comm.*, vol. III); Navarrini, *Delle società ed assoc. comm.* (en *Cód. comm. commentato*) Gasca, *Le associazioni comm. e civili.*, Turín, 1913.

La gestión común puede ser de todos los bienes de los socios, de una sola cosa o de varias cosas, créditos o energías de trabajo que aportan cada uno de aquéllos, y que pueden ser desiguales en calidad y en cuantía. Nada impide que las ganancias y las pérdidas se distribuyan en diversa proporción entre los socios. La relación social se estructura distintamente y origina formas varias de sociedad, como veremos inmediatamente. Lo que caracteriza la relación y es siempre nota específica de ésta, cualquiera que sea su manifestación concreta, es la intención de los contrayentes de cooperar todos a un fin común (*animus coëundae societatis, affectio societatis*), liga a los socios entre sí y crea y mantiene la unidad patrimonial destinada a dicho fin (1).

Pero no se olvide que la unión de las personas y la de las cosas no ofrecen la autonomía y unidad orgánica que son la nota de las personas jurídicas; la sociedad civil no origina un ente colectivo y autónomo, un nuevo sujeto jurídico distinto de las personas de los socios; en esto precisamente y en la diversidad de objeto radica la nota diferencial entre estas sociedades y las mercantiles.

Cierto que el vínculo que une a las personas y a los bienes no es menos fuerte en las sociedades civiles que en las mercantiles; muchas veces es más fuerte en aquéllas que en éstas, cuando se toma como término de comparación entre estas últimas el tipo de las anónimas por acciones, que acogen miles de socios que se desconocen entre sí. Pero mientras en las sociedades civiles los bienes aportados (aunque al fin de la gestión social sean distintos del patrimonio de los socios) no salen del dominio de cada socio y sólo se comunican entre sí, convirtiéndose en copropiedad de todos, en las comerciales, con el hecho de la aportación, salen del patrimonio de cada socio, formando un patrimonio nuevo, autónomo y separado, que pertenece al nuevo ente creado por la asociación de las personas y por el destino de la masa de bienes al fin común. Hay, finalmente, en las sociedades

(1) Véase Salvadore, *Affectio societatis* (*Riv. dir. civ.*, III, 1911, páginas 681 y siguientes). Palmieri *Il concetto di affectio; teoria della causa nel contr. sociale*, Turín, 1914.

mercantiles una fusión armónica de los elementos propios de las corporaciones y de las fundaciones. Una colectividad de personas corporativamente asociadas y regidas por una voluntad única, un patrimonio sustraído a la libre disposición de los socios, un fin lícito y duradero al que son consagrados los bienes, todo lo cual, puesto en relación con la disciplina legal de las sociedades mercantiles, y especialmente con el art. 77, autoriza a estimar atribuída a ellas por el mismo legislador la personalidad jurídica que debe ser negada a las civiles.

Las consecuencias que derivan de esta primera y substancial diferencia son especialmente importantes. Puesto que en las sociedades mercantiles el patrimonio pertenece al ente y no a los socios (Código de Comercio, art. 82): *a*), no éstos y sí los órganos del ente tienen la facultad de administrarlo y disponer del mismo, según las normas estatutarias (Código de Comercio, artículos 110, 111, 139 y siguientes); *b*), el ente y no los socios hace suyas las adquisiciones y responde de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la gestión social; *c*), los bienes aportados por cada socio no pueden servir de garantía para sus particulares acreedores, pues el patrimonio social debe garantizar exclusivamente a los acreedores sociales (Código de Comercio, art. 85); *d*), no ha lugar a la compensación de deudas y créditos de la sociedad con los créditos y deudas personales de los socios, no siendo éstos, como no son, sujetos de las relaciones obligatorias de aquélla (art. 1.285 del Código de Comercio); *e*), el ente, por los órganos de su representación, es quien puede demandar o ser demandado en juicio, ya por relaciones jurídicas con los terceros, ya por relaciones jurídicas con los socios; *f*), a la sociedad corresponde un domicilio propio (Código de procedimiento civil, art. 189); *g*), la acción del socio es de carácter mobiliario, aun cuando en el patrimonio social figuren bienes inmuebles, porque sobre éstos no corresponde al socio ni siquiera un dominio en común. Todas estas notas no son aplicables a las sociedades civiles, pues en orden a éstas rigen principios contrarios.

El otro elemento que las distingue es, como se dijo, el obje-

to (1). Siendo el fin común a ambas categorías—una ganancia a distribuir entre los socios—, el objeto propio de las sociedades mercantiles es un acto, o más frecuentemente, una serie de actos mercantiles de aquellos que el Código de Comercio enumera en el art. 3.º (ver art. 76), mientras que el de las sociedades civiles es siempre operaciones de carácter civil. Las ulteriores consecuencias que derivan de esto no son menos importantes que las ya recordadas; aunque a las sociedades comerciales son aplicables los principios generales consignados en el Código civil, están, en realidad, sujetas a un régimen profundamente diverso; distintas, y, por lo general, más complejas y rigurosas, son las normas sobre constitución, administración, liquidación de las sociedades mercantiles; requieren formas solemnes y una especial publicidad en cuanto al acto constitutivo; en el caso de ser insolventes, se les aplica la quiebra, la prescripción es distinta y diversas también las normas procesales, etc. (2).

(1) Por ser prevalente la doctrina y jurisprudencia francesas que atribuyen personalidad jurídica a las sociedades civiles los elementos que distinguen éstas de las sociedades mercantiles se reducen al objeto; con ello se evidencia que tal distinción, desde el punto de vista estructural, queda muy atenuada.

(2) Relativamente a las sociedades mercantiles se dictaron durante la guerra normas de carácter excepcional derogatorias de las contenidas en el Código de Comercio. Así por la ley de 1.º de Abril de 1915, número 431, se modificó temporalmente la disposición del art. 172 del Código de Comercio, relativa a la decisión de las sociedades en cuanto a la emisión de obligaciones, y se suspendió también el derecho de separación del socio reconocido por el art. 158 del Código de Comercio en el caso de que las sociedades por acciones acordasen su fusión con otras sociedades o un aumento de capital mediante la emisión de acciones privilegiadas, reconociéndose tal derecho en el caso solamente de que tal fusión implicase un cambio del objeto de la sociedad. La norma fué prorrogada luego por otros Decretos-leyes o Reales órdenes de 23 de Diciembre de 1915, núm. 1.854, 18 de Noviembre de 1920, núm. 1.672. Del mismo modo por Decreto-ley de 7 de Febrero de 1916, núm. 123, se prohibió que en las sociedades mercantiles constituídas antes de la guerra se distribuyese entre los socios dividendos superiores al 8 por 100 del capital social, y en las constituídas después, dividendos superiores al 10 por 100, constituyéndose en reserva el exceso de los beneficios sociales. Por el Decreto-ley de 3 de Septiembre de 1916, núm. 1.108, se prohibió la disolución extempo-

El art. 1.696 del Código define de este modo las sociedades civiles: «La sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner algo en común, a fin de dividir las ganancias que puedan obtenerse». La definición de la sociedad mercantil puede construirse sobre la base de la anterior, poniendo de relieve que la aportación crea un patrimonio separado y autónomo, y que la ganancia se obtiene mediante la realización de actos mercantiles (1). De aquí resultan los elementos esenciales de una y otra relación: el consentimiento de las partes para crear una comunidad o para formar un patrimonio autónomo, una o varias cosas aportadas por los socios, un fin de lucro común, que ha de conseguirse mediante la práctica de operaciones civiles o por la realización de uno o más actos de comercio.

Especies de sociedad.—Las formas que la sociedad puede asumir son varias y distintas en el Derecho civil y en el mercantil. El punto en que se sitúa la ley civil para hacer sus distinciones es el de la cantidad de bienes que cada socio aporta y la medida en que se establece la comunidad entre dichos socios. El Derecho civil las agrupa en *sociedades universales* y *sociedades particulares* (art. 1.699).

a) Y las universales las subdivide en:

1) *Sociedades de todos los bienes presentes*, en las que las partes ponen en común todos los bienes muebles e inmuebles que poseen actualmente y las utilidades que puedan obtener (artículos 1.700 y 1.701). Corresponde a la *societas omnium bonorum* romana, que comprendía los bienes presentes y futuros. También éstos pueden ser conferidos a la sociedad que nos ocupa, y se consiente que de los bienes que los socios adquieran por título gratuito (donación, sucesión) se otorgue solamente el disfrute, jamás la propiedad, para impedir que por vía directa se

ránea de las sociedades para eludir la indicada limitación de los dividendos y por el Decreto-ley de 9 de Noviembre de 1916, núm. 1.646, se reguló el destino e inversión del exceso de las utilidades sociales.

(1) Así precisamente Vivante, *Soc. comm.*, núm. 302, lo define «como un contrato por el cual dos o más personas convienen en constituir con sus aportaciones un fondo social a fin de distribuir la ganancia que pueda obtenerse del ejercicio de uno o más actos mercantiles».

eludan las normas que prohíben los pactos sucesorios o que limitan la capacidad de disponer por testamento o donación (artículo 1.701, párrafo primero).

9) *Sociedades universales de ganancias*, las cuales comprenden todo lo que las partes adquieran con su industria por un título cualquiera durante la existencia de la sociedad, excluyéndose la propiedad de los bienes muebles o inmuebles poseídos por cada uno de los socios al tiempo de celebrarse el contrato, de los cuales solamente el goce se confiere (artículos 1.700, 1.702). Corresponde a ésta en Derecho romano la *societas quaestus* o *compendii*, con la única diferencia de que ésta comprendía exclusivamente los lucros obtenidos a título oneroso.

Una y otra forma de sociedad pueden constituirse únicamente por personas capaces de dar o recibir entre sí, y a las que no esté prohibido el beneficiarse recíprocamente con perjuicio de otras personas (art. 1.704). En casos dudosos, cuando se constituya una sociedad universal sin declarar su especie, se entiende constituida la de ganancias, no otra (art. 1.703).

b) *La sociedad particular* a su vez puede serlo:

a) Porque la masa común se forma de una sola cosa o de varias cosas determinadas conferidas en propiedad o para el solo disfrute, o de los frutos que puedan obtenerse *societas unius rei* (art. 1.705).

β) O porque resulta determinada y especificada la industria a cuyo fin se asocian las personas confiriendo sus bienes *societas alicuius negotiationis* (art. 1.706).

Muy distinto es el punto en que se sitúa la ley Mercantil para sus clasificaciones, pues atiende a la responsabilidad de los socios y a la estabilidad del capital social.

En el primer aspecto—se mantiene el principio de que las sociedades mercantiles, como personas jurídicas, responden de los débitos sociales, sin que se apele a la responsabilidad personal de los socios más que por vía subsidiaria—, puede darse una responsabilidad de los socios ilimitada, limitada o mixta; por esto distínguense:

a) *Sociedades de nombre colectivo*, compuestas, por lo general, de un número reducido de socios, cuyos nombres sirven de

razón social, disciplinándose la administración y las facultades de los socios por las normas propias de las sociedades civiles (artículos 1.720-1.723); los socios responden todos ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales y por las operaciones hechas en nombre y por cuenta de la sociedad (Código de Comercio, artículos 76, 105-113).

β) *Sociedades en comandita*, en las que figuran dos clases de socios: los colectivos, que dan nombre a la razón social, administran las sociedades y responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, y los comanditarios, que responden solamente hasta el límite de la cuota que aportaron o prometieron y no pueden realizar acto alguno de administración que obligue a la sociedad (artículos 76, 114-120). Se distinguen dos subespecies: la *comanditaria simple*, en la que el capital está dividido en cuotas, y la *comanditaria por acciones*, en la que las cuotas están representadas por acciones, es decir, por títulos acreditativos de la participación del socio en el capital, que tienen todos idéntico valor nominal y son libremente transmisibles mediante la simple tradición, si son al portador, o mediante transcripciones o notas en los registros de la sociedad si son nominativos.

γ) Las *sociedades anónimas*, compuestas, por lo común, de gran número de socios, con un capital social dividido en cuotas mínimas e iguales, representadas también por acciones, de modo que, fortunas reducidas, pueden participar en la industria que es objeto de la sociedad. Ninguno de los socios posee facultades de administración; éstas se otorgan a uno o más gestores, que pueden ser elegidos o nombrados de entre los socios. La responsabilidad es limitada, puesto que ningún socio responde más que por el importe de la aportación (artículos 76, 121-125).

δ) Desde el segundo punto de vista, hay sociedades de capital fijo y sociedades de capital variable. No quieren significar estas designaciones que las primeras no puedan aumentar o disminuir su capital, sino que cualquier variación más o menos importante implica una modificación más o menos profunda de la entidad; variación que, por otra parte, no es posible tampoco sin una serie de solemnidades, publicidad, etc., que no se exigen en

las sociedades de capital variable. A esta última categoría pertenecen:

α) Las *asociaciones de seguros mutuos*, las cuales tienen por objeto la distribución entre los asociados de los daños causados por ciertos sucesos (incendio, granizo, muerte, vejez, enfermedades, naufragio, etc.), imponiendo a cada asociado una contribución, constituyéndose así un fondo social del cual son pagadas las indemnizaciones para resarcir al asociado afectado por el siniestro. Son verdaderas sociedades mercantiles, aunque la ley las denomine asociaciones, y constituyen verdaderas entidades colectivas distintas de los socios (artículos 239-245).

β) *Sociedades cooperativas*, que tienen por fin de sus actividades el ejercicio de una industria en servicio y beneficio de los socios, asociando a todos aquellos que experimentan las mismas necesidades (cooperativas de consumo, de construcciones, de producción, de crédito), eliminando a los intermediarios, de modo que la ganancia que a éstos correspondería redunde o se traduzca en un provecho para los socios. Son sociedades mercantiles porque realizan actos de comercio, hallándose sujetas a las normas propias y a las que regulan esta especie de sociedades y asumiendo los caracteres que se indican en el art. 76 (artículos 219-228).

Al lado de todas estas formas de sociedades civiles o mercantiles aparece una relación contractual especial, que no constituye propiamente una sociedad mercantil, aunque el Código de Comercio la enumere entre las formas de sociedad que regula (artículos 233-238): la *asociación en participación*. Esta se produce cuando persona o sociedad, comerciante o no comerciante (asociante) da a una persona o sociedad (asociado) participación en las ganancias o pérdidas que derivan de una o más operaciones o de todo el comercio que ejerce. La falta de un fondo social y de unidad corporativa, que son caracteres propios de toda sociedad mercantil, impiden que esta asociación sea una verdadera persona jurídica, ya que el tercero no adquiere derechos ni contrae obligaciones sino en relación con aquel con quien trató.

Las formas que hasta aquí se han indicado, propias de la so-

ciudad mercantil, no son exclusivas de ésta. Las sociedades cooperativas pueden ser civiles, si el objeto propio de su industria es la realización de operaciones civiles. Pero expresamente la ley (Código de Comercio, art. 299), autoriza a las sociedades civiles para adoptar la organización y forma de las sociedades [por acciones (anónimas y comanditarias), prohibiendo, en cambio, las formas de las sociedades colectivas y de las comanditarias simples. De este modo adquieren personalidad jurídica y se regulan por las normas de la ley Mercantil por todo cuanto atañe a la constitución, administración, responsabilidad de los socios, liquidación, salvo lo relativo a la quiebra y a la competencia. Sin embargo, la asunción de formas mercantiles no hace perder a la sociedad su primitivo carácter civil.

Obligaciones que derivan de la sociedad.—Dejando aparte ahora a las sociedades mercantiles, el contrato de sociedad civil engendra varias obligaciones que deben ser estudiadas en su estructura interna, es decir, en las relaciones de los socios entre sí y en su aspecto externo, o sea en las relaciones con los terceros. Estas obligaciones y los derechos correlativos constituyen los efectos de la sociedad, la cual los produce desde el instante mismo en que el contrato se estipula, a no ser que se hubiere fijado otro tiempo (art. 1.107); la sociedad subsiste toda la vida de los socios si no se hubiere fijado tiempo de duración, y salvo siempre el derecho de separación que corresponde al socio o mientras se realiza el negocio, si se trata de sociedad constituida para la realización de un negocio que dure un cierto tiempo (artículo 1.708).

A. Estructura interna.

a) Todo socio está obligado a efectuar la aportación que prometió; por tanto, si se trata de propiedad (puesto que el condominio se origina en el momento en que se presta el consentimiento), está obligado a transferir la posesión de la cosa que ha pasado a ser común; a hacer común el uso de la cosa, si lo que se prometió fué tal uso; a prestar los servicios prometidos, si la aportación consiste en la propia industria (art. 1.709). Esta obligación implica, cuando se trata de cuerpos ciertos, y, por tanto, de sociedad particular, la de responder por la evicción; en este

respecto el socio es equiparado al vendedor, y por ello debe también responder de los vicios ocultos (art. 1.709); si la aportación consiste en trabajo o en industria, deberá entregar las ganancias obtenidas con esa industria que es objeto de la sociedad (art. 1.711). Todos los accidentes que sufran las cosas aportadas, especialmente el perecimiento, afectan al socio o a la sociedad, según el principio *res perit domino*. Por eso, si lo que se ha conferido por el socio es la propiedad, el *interitus* corre de cuenta de la sociedad, aunque el perecimiento ocurra antes de la entrega, porque antes de ésta la cosa pasó a ser común; si se ha conferido solamente el goce y se trata de cosas inconsumibles, corre a cargo del socio, que es su propietario; pero si las cosas se consumen por el uso o se deterioran con éste, el riesgo es de la sociedad (art. 1.715).

El incumplimiento de lo prometido produce la responsabilidad del socio frente a los demás, debiendo abonar a éstos los daños y los intereses de las sumas o los frutos de las cosas prometidas desde el día en que debió haber efectuado la entrega o el pago (art. 1.710, párr. 1.º).

b) Todo socio debe, en sus relaciones con los demás, *comportarse del modo que exigen la cooperación y la confianza recíproca*, cuidar de los intereses sociales, tutelar los derechos de la sociedad, procurarle beneficios, abstenerse de todo acto que pueda perjudicarle, no anteponer la ventaja personal a la social. Por consiguiente, está obligado a resarcir los perjuicios causados no sólo por el dolo, sino también por la culpa (con relación a la cual responde de la *culpa levis*); no puede compensar su deuda con los beneficios procurados a la sociedad mediante su industria, aplicada a otros negocios (art. 1.714). Si tomó sumas de la caja social, deberá los intereses de las mismas desde el día que las retiró para emplearlas en su particular provecho (art. 1.710, párr. 1.º). Si un tercero es al propio tiempo deudor personal del socio y deudor de la sociedad, el socio que reciba de su deudor una cantidad debe imputarla al crédito propio y al crédito social proporcionalmente, si ambos créditos fuesen exigibles, y si el personal del socio no lo fuese aún, la imputará toda al crédito social (art. 1.712). Si de un crédito común se satisface al socio

su porción íntegramente, éste deberá ingresar en la masa lo que recibió, si el deudor resultare insolvente (art. 1.713).

c) Cada socio *tiene derecho a una cuota proporcional de las ganancias sociales*, como contrapuestamente cada socio tiene obligación *de contribuir en los gastos y pérdidas* (1). La medida de la participación de cada uno en los beneficios y en las pérdidas de la sociedad depende de la voluntad de las partes, que son libres de establecer participaciones iguales o desiguales. Sin embargo, a esta libertad se ha fijado un límite que deriva de la naturaleza misma de la relación; como contrato fundado en un común interés, la sociedad no tolera que se atribuya a uno solo la totalidad de las ganancias, ni que los capitales o las cosas conferidas por uno estén exentos de contribuir en las pérdidas; convenciones de esta especie serán nulas (art. 1.719). Pueden los socios convenir en remitir al juicio de un tercero la determinación de las porciones, y tal determinación es inimpugnable, salvo que haya vulnerado la equidad (art. 1.718). Solamente en el caso de que el contrato no contenga determinación alguna ni ofrezca elementos o criterios para hacerla, la medida de cada participación en las ganancias y pérdidas se calcula proporcionalmente a la aportación, valorándose la parte de quien aporta solamente la industria igual a la de quien aportó la suma o porción menor (art. 1.717).

α) *La facultad de administrar el patrimonio social.*—A falta de pactos especiales y en defecto de un mandato que le atribuya a uno o más socios, corresponde aquélla a todos y cada uno de ellos; se presume, en tal caso, que los socios se han otorgado recíprocamente la facultad de administrar. Lo hecho por cada socio es válido, incluso para los consocios que no hubieren dado su consentimiento; a la inversa, a cada uno de los socios se reco-

(1) Cada socio puede, sin el consentimiento de los demás, asociar a sí a otra persona, a fin de distribuir con éste las ganancias o pérdidas correspondientes a la aportación del socio asociante (art. 1.725); la persona asociada es extraña a la sociedad *socii mei socius meus socius non est*. El asociado formará con el socio una sociedad que subyace a la primera, pero que no tiene nada de común con ella y sigue su suerte separadamente aunque dependa en cierto modo de la sociedad principal.

noce el *ius prohibendi*, que, naturalmente, es ejercitable antes de que la operación se haya efectuado por uno de ellos. Cada socio puede servirse de las cosas pertenecientes a la sociedad, con tal de que las emplee conformemente a su destino fijado por el uso y no se sirva de ellas contra el interés de la sociedad o de modo que impida el uso de las mismas a los demás socios. Ningún socio puede hacer innovaciones sobre los inmuebles pertenecientes a la sociedad, aunque las repute ventajosas para ésta, si los demás socios no consienten en ellas; del mismo modo nadie puede vender ni obligar las cosas de la sociedad, aunque sean muebles. Cada socio tiene también el derecho de obligar a los demás a contribuir con él a los gastos necesarios para la conservación de las cosas de la sociedad (artículos 1.723-1.724). Finalmente, cada socio tiene una acción contra los demás, no sólo para pedir la restitución del capital desembolsado por cuenta de la sociedad, sino también por las obligaciones contraídas de buena fe en los negocios sociales y por los riesgos inherentes a su administración (art. 1.716). El principio general que rige en toda comunidad es que todo socio puede administrar, y todo socio que no administre puede fiscalizar lo hecho por otro.

Cuando haya sido conferido un mandato a uno o más socios, ningún otro socio podrá administrar. En tal caso, todos los poderes de gestión sobre la cosa común corresponden al socio mandatario, quien puede realizar todos los actos propios de una administración normal, y sin que pueda ser privado de tal derecho por un *ius prohibendi*, y sin que pueda tampoco ser removido de su cargo de gestor no mediando causa legítima (art. 1.720). Cuando los gerentes sean uno o varios socios, los poderes de gestión corresponden a cada uno de ellos, sin necesidad del concurso de los demás, a no ser que una cláusula expresa lo exija. Sin embargo, aun habiendo tal cláusula, puede uno solo realizar actos de gestión sin la asistencia de los demás cuando se requiera urgencia o haya peligro (artículos 1.721-1.722) (1).

(1) Adviértase que estos principios se aplican si el encargo de administrar se confirió al socio o a los socios mediante un pacto especial del contrato de sociedad (art. 1.720); si se confirió mediante un acto separado e independiente, se aplican las normas propias del mandato.

β) *Estructura externa.* — Como la sociedad civil, a diferencia de la comercial, no constituye un sujeto jurídico distinto de los socios, en todas las relaciones que se concluyen con los terceros es el socio que contrata quien adquiere los derechos y asume las obligaciones, pero no la sociedad; ésta, para los terceros, no existe. Dedúcese de esto que de toda obligación contraída por la gestión común responden personalmente los socios con todo su patrimonio, sin limitaciones; responderán todos los socios si todos participaron en el negocio jurídico, cada uno por una suma o parte igual, aun cuando alguno de ellos hubiere aportado a la sociedad una porción menor; en otro caso, responderá solamente quien contrató (artículos 1.726-1.727). Para que el socio particularmente pueda obligar a los demás consocios frente a los terceros, es necesario que aquéllos le hayan concedido facultades para ello, confiriéndole la administración o haciéndole mandatario para realizar un determinado acto o negocio jurídico, o que el negocio jurídico haya sido realizado en nombre de la sociedad y haya revertido en provecho de ésta. Los consocios, en el primer caso, vendrán obligados por partes iguales y sin vínculo de solidaridad, pero ilimitadamente, debiendo responder por su cuota de deuda con todo su patrimonio personal; en el segundo, responderán en la medida de su cuota social y hasta concurrencia del provecho que el negocio proporcionó a cada uno (artículo 1.728). En esta última medida quedan también obligados los consocios, si el socio era mandatario y se excedió de los poderes que le fueron otorgados. Otro de los efectos que derivan de la inexistencia de un ente colectivo, distinto de los socios, es la equiparación de los acreedores sociales a los personales; aquéllos no tienen derecho alguno de preferencia sobre éstos; pero éstos a su vez no pueden actuar en los bienes sociales por las cuotas que en ellos corresponden a sus deudores en tanto no se efectúe la liquidación y el reparto.

Fin de la sociedad.—Las causas por las cuales la sociedad se extingue, algunas son comunes a las que provocan la extinción de los demás contratos; otras son específicas y propias de esta relación.

a) En las sociedades contraídas por tiempo determinado o

para un determinado negocio, *el cumplimiento del término o la ejecución del negocio* determinan el fin de las mismas (art. 1.729, números 1.º y 2.º); pero nada impide que los socios prorroguen su duración, y el fin, en este caso, sería el vencimiento o expiración del nuevo término (art. 1.730). Antes de expirar el término o de realizarse el negocio no pueden uno o más de los socios extinguir la sociedad, porque por efecto del vínculo contractual cada socio se obligó con los demás a permanecer en sociedad; solamente un justo motivo, cuya apreciación se confía al buen criterio del Juez—por ejemplo, el faltar un socio a sus obligaciones o el que una enfermedad crónica le inhabilitase para los negocios sociales—, podría ser causa de una anticipada disolución.

b) En las sociedades por tiempo indeterminado o no limitadas a un determinado negocio, la *voluntad de uno solo de los socios* puede provocar la disolución (art. 1.729, núm. 5.º). Prevalece aquí el disfavor de que la ley hace objeto a las obligaciones perpetuas sobre el principio, según el cual los vínculos obligatorios no se extinguen sino cuando la extinción es querida libremente; se debe, por tanto, permitir que cada socio pueda liberarse del vínculo cuando esto ocurra, sin perjuicio de los demás. Por ello la renuncia del socio (que ha de ser notificada a los demás) no debe hacerse de mala fe, con el ánimo de apropiarse él solo las ganancias que los socios se habían propuesto obtener en común, ni extemporáneamente, es decir, cuando el interés de la sociedad exige que se difiera su disolución (arts. 1.733, 1.734).

c) Por perecimiento de las cosas, que constituyen en el fondo social la sociedad, se extingue por no ser posible ya la consecución del fin para el cual se constituyó (art. 1.729, núm. 2.º). Pero no precisa que todo el fondo social se consuma; aunque perezca solamente la cosa que un socio prometió aportar a la sociedad y el perecimiento ocurra antes de que la propiedad de dicha cosa haya sido realmente adquirida por la sociedad (1) o

(1) Este es el sentido de la frase del Código: «antes de haber sido real y efectivamente conferida», como confirma el art. 1.731, porque adquirido ya el dominio por la sociedad, el *interitus* recae en ésta y constituirá una de tantas pérdidas a repartir proporcionalmente entre los socios, no pudiendo ser, por tanto, una causa de disolución.

si perece en un momento cualquiera la cosa cuyo goce o disfrute solamente fué puesto en comunidad, la sociedad se extingue por faltarle total o parcialmente los medios para la gestión o porque, al no realizarse la aportación de un socio, cesa en los demás la obligación correspondiente de conferir lo que ofrecieron (artículo 1.731).

d) Dado el carácter estrictamente personal del vínculo y la consideración en que se tienen para estipularlo las cualidades personales de los socios, la sociedad se disuelve por la *muerte de alguno de los socios*, y se disuelve—nótese bien—respecto a todos los socios, no sólo respecto a los herederos del difunto (art. 1.729, núm. 3.º). Las partes pueden, sin embargo, impedir este efecto, conviniendo en que el heredero del socio difunto ocupe el puesto de este último en la sociedad; pueden también estipular el que la sociedad continúe entre los socios supérstites, en cuyo caso el heredero del difunto tendrá derecho a exigir la parte de los beneficios correspondientes a su causante y la restitución de la cuota de éste en el momento de su muerte (artículo 1.732).

e) Finalmente, la interdicción, la insolvencia sobrevenida o la quiebra de alguno de los socios bastan para provocar la disolución, así como también la pueden provocar aquellas causas que modifican profundamente la condición personal del socio y hacen perder en los demás aquella confianza que es esencial en la relación social (art. 1.729, núm. 4.º).

Cualquiera que sea la causa de la disolución, debe seguir a ésta la liquidación del patrimonio social; las normas que presiden la formación de la masa, el reparto y las obligaciones recíprocas, son las mismas que se aplican a la división hereditaria (artículos 1.736, 984 y siguientes), y que expusimos sumariamente en el volumen primero (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— Responde la regulación que el Código italiano hace del contrato de sociedad a la tradición romana seguida de toda su pureza. Desconoció este derecho la personalidad jurídica de las sociedades diferenciada de la de sus socios y fué el Derecho mercantil el que primero las reguló con tal característica; de abí que el Código de Comercio italiano se la reconoce a las sociedades mercantiles mientras que las de Derecho civil carecen de ella. Nuestro Código las regula con persona-

lidad jurídica independiente y es ésta la más notable de las diferencias entre la regulación que del contrato de sociedad hacen los Códigos civiles italiano y español.

El art. 35 del Código civil español las enumera, a las sociedades bajo el nombre de asociaciones de interés particular civiles o mercantiles y el 1.669 dice que no tendrán personalidad jurídica y se registrarán por las disposiciones sobre comunidad de bienes las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos, contratado en su propio nombre con los terceros, de donde se deduce que las que no se encuentren en este caso gozarán de personalidad.

La definición de este contrato es idéntica en ambas legislaciones (artículos 1.696 del Código civil italiano y 1.665 del Código civil español). Sus clases se fijan por iguales bases: Así se distinguen las civiles de las mercantiles, siendo la clave de la distinción, únicamente, su objeto que, según sea civil o mercantil determina la naturaleza de la sociedad, pues hasta un requisito normal la inscripción en el Registro mercantil que servía de elemento diferenciador, está virtualmente borrado al ser necesaria la inscripción en dicho Registro de las sociedades civiles que adopten forma mercantil (art. 107, núm. 2 del Reglamento del Registro mercantil de 20 de Septiembre de 1919). Dentro de las civiles que pueden adoptar todas las formas que permite el Código de Comercio (art. 1.670 del Código civil español), y en orden a la cuantía de bienes aportados se distinguen las sociedades universales de las particulares (artículos 1.671 del Código civil español y 1.699 del Código civil italiano) y en aquéllas se diferencian las universales de todos los bienes presentes de las universales de todas las ganancias (art. 1.672 del Código civil español); con idéntica regulación en ambos Códigos, las primeras, artículos 1.673-1.674 del Código civil español y 1.700-1.701 del Código civil italiano; las segundas, 1.700 y 1.702 del Código civil italiano y 1.675 del Código civil español. Las sociedades particulares se rigen por iguales principios (artículos 1.705-1.706 del Código civil italiano y 1.678 del Código civil español).

El Código de Comercio español, cuyas normas, en cuanto no se opongan a las del civil, son aplicables a las sociedades civiles que revistan una de las formas por aquél reconocidas distingue las sociedades colectivas (artículos 76 y 105 a 113 del Código de Comercio italiano y artículos 122, núm. 1. y 125 a 144 del Código español); las sociedades comanditarias (artículos 122, núm. 2, y 145 a 150 del Código de Comercio español y 76 y 114 a 120 del Código de Comercio italiano) y las sociedades anónimas (artículos 122, núm. 3, y 151 a 174 del Código de Comercio español, y 76 y 121 al 125 del Código de Comercio italiano), basándose en la mayor o menor limitación de la responsabilidad de los socios. Hemos de hacer notar que esta clasificación es enunciativa, cabiendo otras formas de sociedades cual las colectivas de responsabilidad limitadas, ni reguladas ni prohibidas por el Código de Comercio.

Asimismo se admite en orden a la estabilidad del capital la distinción entre las de capital fijo y de capital variable, siendo tipo de éstas las enumeradas por Ruggiero: las sociedades de socorros mutuos y las cooperativas, aunque éstas legalmente tengan la consideración de asociaciones, sujetas a la ley de 1887, ya que están excluidas por el Código de Comercio (art. 124) de entre las sociedades mercantiles, y por el Código civil (art. 1.665) de entre las civiles por no tener el lucro como fin.

Elementos del contrato.— Personales: La única particularidad de los sujetos en este contrato en relación con su capacidad es la prohibición de constituir sociedad universal quienes no pueden otorgarse recíprocamente donación o venta (artículos 1.677 del Código civil español y 1.704 del

Código civil italiano). *Reales*: Exige a la sociedad un objeto lícito y establecido en interés común de los socios (art. 1.666 del Código civil español). *Formales*: Las sociedades en que se aporten inmuebles o derechos reales se constituirán por escritura pública, debiendo unirse a ella bajo pena de nulidad un inventario (artículos 1.667 y 1.668 del Código civil español), pero la falta de otorgamiento de escritura, según ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de Febrero de 1905, no determina la ineficacia del contrato entre los socios.

Efectos del contrato.—Nacen desde el instante en que el contrato se estipula salvo pacto en contrario (artículos 1.707 del Código civil italiano y 1.679 del Código civil español) y afectan a las relaciones de los socios entre sí y a las que tengan con terceros.

Efectos entre los socios.—La identidad de doctrina de los Códigos italiano y español hace que nos remitamos al texto en cuanto a estos efectos del contrato, señalando tan sólo las concordancias. En cuanto a aportaciones, concuerdan los artículos 1.681 y 1.709 de los Códigos español e italiano respectivamente, desarrollándola en cuanto a cosas ciertas los artículos 1.681, párrafo 2.º, del Código civil español, y 1.709 del Código civil italiano; en cuanto a industria, los 1.683 del Código civil español y 1.711 del Código civil italiano; los perecimientos están igualmente reglamentados en los 1.687 del Código civil español y 1.715 del Código civil italiano, y la indemnización por no realizar las aportaciones reguladas en el artículo 1.710 párrafo 1.º del Código civil italiano, concuerda con el 1.682, párrafo 1.º, del Código civil español, si bien éste la concreta a la no entrega del dinero que se prometió al fondo social, rigiéndose en las demás aportaciones no realizadas por las reglas sobre incumplimiento de obligaciones. Con referencia al deber de cooperación al fin social responden los socios de los daños que sufra la sociedad por su culpa (artículos 1.686 del Código civil español y 1.714 del Código civil italiano), debiendo indemnizar si tomase sumas de dinero de la Caja social (artículos 1.710, párrafo 1.º, del Código civil italiano, y 1.682, párrafo 2.º, del Código civil español), rigiéndose por iguales reglas la imputación de cantidades cobradas por un socio a un deudor que lo sea a la vez personal y de la sociedad y la percepción del crédito social por un solo socio (artículos 1.712 y 1.713 del Código civil italiano, y 1.684 y 1.685 del Código civil español). El derecho a participar en las ganancias y la obligación de contribuir a los gastos y pérdidas están reguladas, en cuanto a la nulidad del pacto leonino, en los artículos 1.719 del Código civil italiano y 1.691 del Código civil español, pudiendo dejar al arbitrio de un tercero no socio la partición de ganancias o pérdidas con idénticos efectos (artículos 1.718 del Código civil italiano y 1.690 del Código civil español). Las reglas del reparto si no hay pacto son idénticas también en los dos Códigos (artículos 1.717 del Código civil italiano y 1.698 del Código civil español). En cuanto a la administración del patrimonio social, si no se ha determinado su forma en el contrato, rigen los artículos 1.723, 1.724 y 1.716 del Código civil italiano con concordantes los dos primeros con el 1.695 y el último con el 1.688 del Código civil español. Si hubiese pacto, son aplicables los 1.720 del Código civil italiano y 1.692 del Código civil español, si bien el Código italiano no hace referencia a la designación de administrador después de otorgado el contrato. Si el pacto atribuyese la administración a dos o más socios, rigen los artículos 1.721 y 1.722 del Código civil italiano y los 1.693 y 1.694 del Código civil español; también el Código italiano no regula el derecho de asociar a un tercero como lo hace el Código civil español en el art. 1.696.

Efectos con relación a tercero.—No todos los tratadistas están confor

mes en que la personalidad jurídica de la sociedad esté viva frente a terceros, no pudiendo, en consecuencia, obligarse directamente con ellos: Así Valverde. Sin embargo, es común el adoptar la posición contraria, pues del examen de las reglas contenidas en los artículos 1.697 a 1.699 de nuestro Código civil no puede deducirse que le falte personalidad jurídica propia a las sociedades civiles; lo único que se infiere es que éstas necesitan un órgano para producirse como toda otra persona jurídica.

Si el órgano es individual, un socio, la obliga frente a terceros si ha actuado con carácter de tal por cuenta de la sociedad con poder para obligarla por mandato expreso o tácito y obrando dentro de los límites de éste (art. 1.697). Debiendo tenerse en cuenta que si no se pactó modo de administrar, todos los socios tienen facultad para obligar a la sociedad según las reglas del art. 1.695. Aplicación de estas normas son las afirmaciones del art. 1.698, en sus párrafos 1.º y 2.º, que determinan no resulta obligada a la sociedad por acto personal de un socio si no le ha conferido poder o si actuó en su propio nombre, pero queda obligada para socio en cuanto sus actos redundaran en provecho de ella, concediéndose al acreedor frente a la sociedad una acción indirecta o de *in rem verso*.

La deuda de la sociedad no obliga a los socios solidariamente (artículo 1.698), lógica consecuencia de que la solidaridad no se trasmite.

La coexistencia de acreedores en el patrimonio de un socio, tanto por deudas procedentes de la sociedad como por las particulares, determinan en favor de aquéllos un derecho de preferencia sobre los bienes sociales, pero los acreedores particulares pueden pedir el embargo y remate de la parte del socio en el fondo social (art. 1.699).

Extinción de la sociedad.—La determinan las siguientes causas:

A. Ser declarada ilícita (art. 1.166).

B. Expiración del término (núm. 1.º, art. 1.700 del Código civil español y 1.º, 1.729 del Código civil italiano), pudiendo prorrogarse por consentimiento de todos los socios, sea expreso o tácito (artículos 1.703 del Código civil español y 1.730 del Código civil italiano), pero si la prórroga tiene lugar vencido el término se entiende constituida una nueva sociedad (art. 1.703 del Código civil español).

C. Pérdida de la cosa o terminación del negocio (artículos 1.729 número 2 del Código civil italiano y 1.700, núm. 2 del Código civil español); la pérdida no es necesario que sea de todas las cosas de la sociedad; basta que se pierda la que un socio prometió aportar o de la que aportó en el goce, reservándose la propiedad; mas no se extingue cuando pereciere después de haber adquirido la sociedad la propiedad de ella (artículos 1.701 del Código civil español y 1.731 del Código civil italiano).

D. Muerte natural, interdicción civil o insolvencia de cualquiera de los socios (artículos 1.700, núm. 3, del Código civil español y 1.729, números 3 y 4 del Código civil italiano). Pudiendo pactarse en caso de muerte de un socio; la continuación entre los supervivientes o la sustitución del socio muerto por sus herederos (artículos 1.704 del Código civil español y 1.723 del Código civil italiano).

E. Voluntad de cualquiera de los socios en las sociedades constituidas por tiempo indeterminado (artículos 1.729, núm. 5, del Código civil italiano y 1.700, núm. 4, del Código civil español), ha de hacerse sin mala fe y en tiempo oportuno (artículos 1.705 y 1.706 del Código civil español y 1.733 y 1.734 del Código civil italiano). Si la sociedad terminado, no puede disolverse por voluntad de una parte, sino es con justo motivo apreciado por los Tribunales (art. 1.707 del Código civil español).

El efecto de la extinción es producir la liquidación de la sociedad y la

§ 90.—*Comodato*

Brugi, *Ist.*, § 65 (II b); Pacifici, *Ist.*, V, pág. 358; Chironi, *Ist.*, II, §§ 356-357; Zachariae, *Man.*, II, §§ 371-373; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 391-393; Planiol, *Traité.*, II, números 2047 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 374-375 (1).

Comodar es dar a alguien una cosa para que la emplee en un uso determinado y para que, una vez terminado éste, la restituya, sin que el comodante reciba por ello compensación alguna. Comodato o préstamo de uso es, según el art. 1.805 del Código, aquel contrato por el cual una de las partes (comodante) entrega a otra (comodatario) una cosa, para que se sirva de ella por un tiempo o para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida.

El contrato de comodato parece ser de aquellos que en las relaciones normales de la vida están fuera del campo jurídico, y se hallan regidos por la costumbre y los deberes de la amistad; son siempre cosas de poco valor aquellas cuyo uso se presta (un libro, un arnés, un caballo), raramente un inmueble; la concesión es esencialmente gratuita y se hace para rendir a otros un servicio, y, por regla general, en provecho exclusivo de quien recibe la cosa. Cuando, en efecto, la utilidad que la cosa proporciona se concede a cambio de una compensación, se tiene la figura jurídica del arrendamiento (art. 1.806). Pero, por otra parte, si es

partición de los bienes de ésta entre los socios, la cual se rige por la de las herencias, no pudiendo aplicarse al socio industrial ninguna parte de los bienes sino sólo sus frutos y los beneficios, a no haberse pactado expresamente lo contrario (art. 1.708 del Código civil español).

(1) Para el Derecho romano: Schmidt, *Das commodatum und das precarium*, 1841; Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato in dir. rom.* (*Arch. Giur.*, LII, 1894, páginas 469 y siguientes; LIII, páginas 41, 257 y siguientes); Cicogna, *Ancora sull'uso nel comodato* (*Bull. ist. dir. rom.*, XIX, páginas 235 y siguientes); para el Derecho civil: Troplong, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, 1841; Duvergier, *Traité du prêt à usage* (en Toullier, XI); Von Schcy, *Der Leihvertrag*. (en *Obligations verhältnisse des Ost. allg. Privatrechts*, Wien, 1895, páginas 187 y siguiente); Guillonard, *Traité du dépôt et du séquestre*, 1893; Sechi, *Comodato* (en *Dig. it.*).

cierto que el contrato reporta ventaja a una sola de las partes, no quiere ello decir que a veces no se celebre para común ventaja (te presto un potro salvaje para que lo domes, empleándolo en tus labores, y me lo restituirás domado), y hasta para ventaja exclusiva del comodante (te presto mi coche para que te lleve a cierto sitio, donde has de cumplir el encargo que te he dado) (1).

Lo que es propiamente esencial en la relación, a más de la gratuidad de la concesión, es la entrega de una cosa, sin que se transfiera el dominio u otro derecho real, y un uso determinado que haga posible la restitución de la cosa inalterada.

Con la entrega—no antes—se perfecciona el contrato, que tiene por ello carácter real, como se ha visto; antes de la entrega podrá haber una promesa de dar la cosa en préstamo, es decir, un contrato preliminar al de comodato (2). Se transfiere la posesión natural de la cosa y sólo ésta; no se requiere, por tanto, que el comodante sea propietario de ella.

El uso que se concede se determinará de modo expreso o se establecerán las bases para determinarlo, teniendo en cuenta la naturaleza y el destino económico de la cosa. Puede consistir este uso en la obtención de todas las utilidades de que la cosa es susceptible o sólo de alguna de ellas, según la voluntad del comodante. Pero comoquiera que el contrato se extingue con la restitución, sólo pueden darse en comodato cosas que no se consumen con el uso, o que, siendo consumibles, no se consumen por aquel uso especial que las partes estipularon (así, por ejemplo, en el comodato *ad pompam* de una suma de dinero) (3).

(1) En Derecho romano esto determinaba la medida de la responsabilidad del comodatario, el cual, mientras en el caso normal respondía de la *culpa levis*, respondía también de la *culpa in concreto* si la ventaja era común y solamente de la *culpa lata* si la ventaja era exclusiva del comodante (cfr. fr. 5, § 10 y fr. 18, D. 13, 6). En nuestro Derecho, a consecuencia del principio establecido en el art. 1.224, la distinción no tiene ya importancia en lo que atañe a la responsabilidad que es siempre igual.

(2) Venzí en Pacifici, *Inst.* V, pág. 565.

(3) Sobre las cuestiones especiales de si se puede dar a comodato con facultad en el comodatario de pignorar, o si se puede dar en comodato transfiriendo la propiedad de la cosa al comodatario: Ascoli, *Comodato di cosa consumabile* (*Riv. dir. civ.*, 1919, páginas 174 y siguientes).

El contrato es, por esencia, unilateral, origina obligaciones en el comodatario solamente; en la otra parte pueden surgir obligaciones en ciertos casos, pero (como ocurre en todo contrato bilateral imperfecto), sólo accidentalmente o por efecto de hechos posteriores. Ciertamente que, concediendo la cosa por un uso y para un cierto tiempo determinados, el comodante está obligado a ceder la cosa al comodatario por el tiempo convenido o por el necesario a servirse de ella para el uso estipulado; pero esto, más que obligación propiamente dicha, es una consecuencia necesaria de la concesión misma, la cual carecería de objeto si no hubiese un intervalo de tiempo entre la entrega y la restitución; la deuda del comodatario no vence antes de transcurrido dicho término.

A. *Obligaciones del comodatario.*

a) La obligación fundamental es la de restituir la cosa *dada en comodato* en el término fijado o después de haber hecho uso de ella; la restitución debe hacerse a quien la concedió, sea o no propietario, incluso al ladrón. Todo retardo en la restitución lleva, por regla general, consigo el que el comodatario soporte la pérdida o el deterioro acaecidos por efecto del caso fortuito, debiendo abonar, además, el resarcimiento normal del daño; de soportar la pérdida por caso fortuito puede eximirse el comodatario cuando pruebe que la cosa hubiera perecido, igualmente si la hubiese restituído a su debido tiempo (artículos 1.809, 1.298). Antes del tiempo convenido para la restitución, no está el comodatario obligado a restituir (art. 1.815). Sin embargo, si el comodante precisa de la cosa para una necesidad urgente e imprevista, la autoridad judicial puede obligar al comodatario a restituirla, habida cuenta de las circunstancias y del comodatario experimenta (art. 1.816).

b) El comodatario debe servirse de la cosa para el uso convenido, o, en su defecto, para el uso determinado por la misma naturaleza (art. 1.808). Si contraviene lo pactado, no sólo puede ser privado de la cosa, sino que, además, está obligado al resar-

grè, Locazione e comodato di cose a scopo di pignorazione (Riv. dir. comm., 1918, II, páginas 241 y siguientes); Brügi, Comodato di titoli al portatore (ib. 1916, II, páginas 704 y siguientes).

cimiento de daños y perjuicios, y a responder incluso de la pérdida por caso fortuito, a no ser que pruebe que el perecimiento hubiera ocurrido igualmente, aun cuando no la hubiese empleado en un uso diverso (art. 1.809).

c) Está obligado, finalmente, en tanto la cosa está en su poder, a *custodiarla y conservarla*, empleando la diligencia del buen padre de familia (art. 1.808). Corren, pues, a su cargo los gastos que le ocasiona la utilización de la cosa (art. 1.813); es también de su cuenta el riesgo del perecimiento que derive del defecto de custodia y el deterioro, a menos que no sea causa exclusiva de este último el uso mismo para el que se concedió la cosa (artículo 1.812); responde también del perecimiento sin culpa si la cosa fué estimada al tiempo de darla en comodato (art. 1.811) o cuando, pudiendo sustraerla al hecho perjudicial sacrificando una propia, prefirió que perciese la ajena (art. 1.810).

Las precedentes obligaciones ligan solidariamente a los distintos comodatarios si éstos tomaron en comodato la misma cosa (art. 1.814).

B. *Obligaciones eventuales del comodante.*

El crédito en favor del comodatario puede producirse, en general, por dos causas principales:

a) O porque durante el contrato el comodatario se haya visto obligado, para conservar la cosa, a hacer gastos extraordinarios, necesarios y urgentes, sin poder dar aviso al comodante; en tal caso, éste le debe el reembolso (art. 1.817).

b) O porque la cosa dada en comodato tuviese tales defectos, que causaran perjuicio al comodatario, y estos defectos, conocidos por el comodante, no hubiesen sido denunciados a la otra parte; el comodante, en tal caso, debe resarcir al comodatario el daño sufrido, ya sea éste causado por la cosa misma, ya por no poder usar de ella.

Fin del comodato.

La relación se extingue: a), por expirar el término o por agotar el uso de la cosa; b), por el abuso que haga de ella el comodatario; c), por sobrevenida y urgente necesidad del comodante, reconocida por el Juez. No lo disuelve la muerte, puesto que todas las obligaciones antedichas pasan a los herederos del como-

dante o del comodatario (art. 1.807, pr.). Puede también extinguirse excepcionalmente: *d*), por la muerte del comodatario, si solamente se hizo el préstamo de uso en consideración a su persona (art. 1.807) (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—Bajo el nombre genérico de préstamo regula nuestro Código civil tres contratos que coinciden en un punto: la transmisión temporal que del disfrute de una cosa hace una persona en favor de otra. Los tres eran conocidos en el Derecho romano y en él quedaron perfectamente definidos. Son el comodato, el mutuo —llamado en nuestro Código simple préstamo— y el precario. A éste, deficientemente regulado en la legislaciones (quizá el más claro sea el Código de Chile artículos 2.194 y 2.195), tan sólo se refiere, sin nombrarlo, el Código civil español, en el art. 1.750 al hablar de que en el comodato en que no se pactó la duración, ni el uso a que había de destinarse la cosa y éste no resulta determinado por costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a voluntad; facultad ésta que entraña la esencia del precario contractual.

Al mutuo o simple préstamo dedicaremos nuestra atención al anotar el párrafo siguiente.

El comodato es definido por el Código civil español de análoga manera que el italiano (artículos 1.740 y 1.805 respectivamente), si bien nuestro Código adiciona a esta definición la del mutuo, formando con ambas la del préstamo.

Estas dos modalidades del préstamo se diferencian en que el objeto es una cosa no fungible en el comodato y fungible en el mutuo; en que el comodato es esencialmente gratuito (art. 1.740, § 2.º del Código civil español), variando su naturaleza si interviene algún emolumento que haya de pagar el comodatario (artículos 1.741 del Código civil español y 1.806 del Código civil italiano) y el mutuo puede ser con o sin interés; y también en que el comodato no se transfiere más que el uso y ha de restituirse la cosa misma y en el mutuo se transmite la propiedad y la restitución ha de ser de otro tanto de igual género, cantidad y calidad.

Como contrato real se perfecciona por la entrega de la cosa (artículos 1.740 del Código civil español y 1.805 del Código civil italiano), no teniendo ninguna especialidad en cuanto a capacidad de los contratantes. Su objeto ha de ser cosa no fungible

Produce efectos, como contrato intermedio, sólo respecto del comodatario, quien tiene derecho a usar de la cosa (artículo 1.741 del Código civil español), debiendo utilizarla como buen padre de familia, satisfaciendo los gastos necesarios para el uso y conservación de la cosa prestada (artículos 1.743 del Código civil español y 1.813 del Código civil italiano), respondiendo del deterioro si fuese por su culpa, no del derivado del uso (artículos 1.746 del Código civil español y 1.812 del Código civil italiano) y de su pérdida, ya por haberla destinado a uso distinto de aquél para que se prestó (artículos 1.744 del Código civil español y 1.809 del Código civil italiano), ya por habersele hecho entrega con tasación; en este caso responde del precio salvo pacto en contrario (artículos 1.745 del Código civil español y 1.811 del Código civil italiano) y en ambos surge la responsabilidad aunque provenga la pérdida de caso fortuito. El comodatario tiene, también, que devolver la cosa al concluir el contrato, no pudiendo retenerla aun por razón de expensas (art. 1.747 del Código civil español) respondiendo de

§ 91.—*Mutuo*

Brugi, *ist.*, § 65 (II, c); Pacifici, *ist.*, V, pág. 568; Chironi, *ist.*, II, §§ 354-355; Zachariae, *Man.*, II, §§ 374-376; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 394-396; Planiol, *Traité*, II, números 2.060 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, §§ 370-372 (1).

La entrega, que en el comodato no tiene otro objeto que el de transferir el simple uso de la cosa, excluyendo la disponibilidad de ella, y que opera, por tanto, una simple transmisión de la posesión natural, transfiere en el mutuo la plena disposición, el dominio. Pero como la relación se crea con miras a la restitución, se entiende que el accipiente sólo puede restituir otras cosas del mismo género, y en igual cantidad que el género y cantidad de las recibidas. De esta relación sólo son susceptibles las cosas fungibles, y todas las de esta clase pueden deducirse como objeto del contrato, aunque el objeto más frecuente de éste sea una suma de dinero.

La definición del Código (art. 1.819) excluye precisamente aquella limitación del concepto a los préstamos de dinero, que tan corriente es en los profanos. «El mutuo o préstamo de con-

kuito, si la conservara más tiempo que el convenido (artículos 1.744 del Código civil español y 1.809 del Código civil italiano) y debiendo entregarla si el comodante tuviera urgente necesidad de ella (artículos 1.749 del Código civil español y 1.816 del Código civil italiano). Estas obligaciones son solidarias cuando fuesen varios los comodatarios (artículos 1.748 del Código civil español y 1.814 del Código civil italiano).

El comodante resulta obligado por los gastos extraordinarios realizados para la conservación de la cosa prestada, por el comodatario, si lo hubiere, puesto en su conocimiento, salvo que fuesen tan urgentes que no pudiesen demorarse sin peligro (artículos 1.751 del Código civil español y 1.817 del Código civil italiano) y por los daños causados al comodatario por vicios de la cosa que conociera y no se los hubiera hecho saber (art. 1.752 del Código civil español). Las mismas causas producen la extinción del comodato en ambos Códigos, concordando el art. 1.867 del Código civil italiano con el 1.742 del Código civil español, en orden a la extinción por causa de muerte del comodatario.

(1) Troplong, *Du prêt, du dépôt et séquestre*, 1841; (en Toullier, XXI); Guillouard, *Traité du prêt du dépôt et du séquestre*, 1893; Apicella, *Mutuo* (en *Dig. it.*); Messa, *Mutuo* (en *Enc. Giur.*); Papa, *Il mutuo commerciale* (*Dir. comm.*, 1913, I, páginas 63, 129 y siguientes); Storch, *Der heutige Darlehensvertrag*, 1878; Von Schey, *Das Darlehn* (en *Obligationsverhältnisse*, páginas 15 y siguientes).

sumo es un contrato por cuya virtud una de las partes (mutuante) entrega a la otra (mutuatario) una determinada cantidad de cosas, con la obligación en la última de restituir otras tantas cosas de la misma especie y calidad». Este artículo del Código declara esencial para la constitución de este vínculo contractual la entrega (directa o indirecta) de las cosas, ya que sin dicha entrega podrá haber solamente (si hubo una promesa) un contrato preliminar de mutuo. Pero, como se implica transmisión de dominio al accipiente; de aquí la consecuencia de que sólo es capaz de dar en mutuo quien sea capaz de enajenar y quien tenga la propiedad de las cosas dadas en mutuo; en efecto, el mutuo de cosas ajenas es nulo, y el propietario de las cosas prestadas conserva la acción reivindicatoria (dentro de los límites fijados en el art. 707), y el mutuo puede ser impugnado por el mutuatario, que, con la entrega, no adquirió la propiedad.

También es evidente que no puede hablarse aquí de un uso determinado; el mutuatario, al devenir propietario, puede disponer a su antojo de las cosas recibidas; y por ello precisamente, si perecen, desde el instante mismo de la entrega la responsabilidad es del mutuatario (art. 1.820).

En cuanto a determinar si la utilidad que proporciona el mutuante al mutuatario es o no compensada por éste—la compensación viene representada normalmente por los intereses—, ello depende de la libre convención de las partes; según esto, pues, habrá mutuos gratuitos y mutuos con interés (art. 1.829). Pero este contrato tiene por naturaleza carácter gratuito, ha conservado la impronta originaria del Derecho romano, que la tradición no conservó. Ello contradice manifiestamente a los casos frecuentes de la vida, en los cuales es rarísimo el que se preste dinero sin interés. Si se tiene en cuenta el precepto del art. 1.830—según el cual, incluso no mediando convención, se reconoce en el mutuatario una obligación, aunque sea natural, de pagar intereses, en cuanto que se le prohíbe repetir los espontáneamente pagados—, se debe reconocer que en la ley está inmanente la idea de que los mutuos no se hacen sin compensación, porque nadie suele dejar infructíferos sus capitales. Sin em-

bargo, queda firme lo dicho: el carácter gratuito del mutuo debe entenderse en el sentido de que el mutuo en sí y por sí no obliga al accipiente a abonar interés alguno.

Las obligaciones se originan *ex uno latere*, se imponen todas al mutuuario; se trata, pues, de un contrato unilateral. En orden al mutuante, debe repetirse lo dicho ya respecto del comodante, quien no puede antes de haber transcurrido el tiempo fijado pedir la restitución; tampoco influye en la unilateralidad el pacto de los intereses, que, si bien añade una segunda obligación a cargo del mutuuario, no atribuye al mutuante el carácter de obligado.

Es, pues, inaplicable a este contrato la condición resolutoria tácita del art. 1.165; para que el mutuante pueda, por ejemplo, en un mutuo fructífero exigir la restitución anticipada del capital, si el mutuario retrasa el pago de los intereses o si en un mutuo restituible por fracciones se retrasa la *solutio* de una de ellas para que se pierda el beneficio del término, precisa un pacto especial.

A. *Obligaciones del mutuuario.*

Puede decirse que todas se resumen en una: restituir en el tiempo convenido la misma cantidad y calidad de las cosas recibidas, o no pudiendo restituir, abonar su valor, teniendo en cuenta el tiempo y el lugar en que, según la convención, debiera verificarse la restitución (art. 1.828). Esta última parte del artículo se aplica naturalmente y a todo otro mutuo que no sea dinero; y como la obligación de restituir la misma cantidad hace que corra a cargo o a favor del mutuuario el mayor o menor precio que en el momento de la restitución alcancen las cosas en el mercado, resulta que el reembolso del valor (no pudiendo efectuarse la restitución en especie), consistirá en el abono de la suma que en el momento del vencimiento constituya el precio, cualquiera que sea la relación que éste guarde con el valor que la cosa tenía en el momento del contrato. Lo mismo debe decirse en cuanto al lugar; si falta toda determinación de lugar y tiempo, el pago deberá efectuarse según el valor corriente al tiempo en que se constituyó en mora y en el lugar en que fué hecho el préstamo (art. 1.828).

Fijado el tiempo de la restitución, el mutuante no puede exigirla antes de haber transcurrido el tiempo convenido, ni aun en el caso de que una necesidad urgente le obligue a recurrir al crédito, y ello aun cuando las cosas hayan sido dadas en mutuo, sin compensación alguna (art. 1.825). Y aun cuando no se hubiere fijado un término, tampoco le sería lícito pedir la restitución inmediatamente después de la entrega, ya que tal relación carecería de finalidad; pero la restitución fijada para cuando haya transcurrido un cierto plazo desde que fué pedida, es perfectamente lícita, aunque la ley atribuye al Juez la facultad de poder conceder al mutuuario, atendidas las circunstancias del caso, una dilación o moratoria (art. 1.826). Corresponde también a la autoridad judicial fijar la fecha del pago cuando las partes hubieren convenido que el mutuuario pague «cuando pueda o tenga los medios» (art. 1.827).

En cuanto a las normas relativas a los mutuos de dinero y a los mutuos con interés, fueron ya expuestas al tratar de la doctrina general de la prestación (párr. 71).

B. *Obligación eventual del mutuante.*

El art. 1.824 declara al mutuante sujeto a la misma responsabilidad (establecida en el art. 1.818) que el comodante. Si hizo entrega de cosas que tuvieran defectos tales que causaran perjuicio al mutuuario, y conociéndolos los hubiere llamado a la otra parte, ésta podrá accionar en reclamación del perjuicio.

De esta figura jurídica, que en sus líneas fundamentales dibuja la ley civil, son aplicaciones particulares con características propias: el mutuo mercantil, los mutuos que se obtienen de las instituciones de crédito inmobiliario y de crédito agrícola, la deuda pública, los empréstitos provinciales y municipales. Rigen para tales aplicaciones normas especiales contenidas en el Código de Comercio (artículos 590-603), en las leyes sobre crédito inmobiliario (Fun. de 16 de Julio de 1905, núm. 646) (1) y

(1) Sobre la naturaleza jurídica del mutuo inmobiliario substancialmente idéntica a la de un mutuo común garantizado con hipoteca, véase de Ruggiero *Responsab. contratt. del mutuuario di un istituto di cred. fond.* (*Foro. it.*, 1899, páginas 344 y siguientes).

agrícola (ley de 23 de Enero de 1887, núm. 4.276), en las relativas a las Cajas de Depósitos y Préstamos (Fun. de 5 de Septiembre de 1907, núm. 751; ley de 10 de Diciembre de 1910, núm. 855; ley de 13 de Julio de 1910, núm. 431) y al crédito municipal y provincial (ley de 17 de Mayo de 1900, núm. 173; Reglamento de 30 de Mayo de 1907, núm. 569; ley de 25 de Junio de 1911), etc., (1).

§ 92.—*Deposito y secuestro*

Brugi, *Ist.*, § 65 (II d); Pacifici, *Ist.*, V. pág. 582; Chironi, *Ist.*, II, §§ 358-363; Zachariae, *Man.*, II, §§ 380-389; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 400-409; Planiol, *Traite.* II, números 2.204 y siguientes; Windschid, *Pand.*, II, 2, §§ 377-380-384 (2).

La custodia, que en otros contratos constituye también una obligación del accipiente, se eleva a fin y función exclusivos de

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. El Código civil español pone por rúbrica del capítulo II del título X, libro IV, «Del simple préstamo», y en él regula el contrato de mutuo. Análogas son las definiciones del Código italiano (art. 1.819) y del español (art. 1.740), si bien éste hace referencia al determinar el objeto del contrato, a la cosa que lo constituye más generalmente—dinero—añadiendo «u otra cosa fungible» para alejarse del concepto vulgar.

Contrato real, se perfecciona por la entrega, operándose por ella la transmisión de la propiedad del objeto del mutuo al que la recibe.

Este, el mutuuario, originariamente el único obligado, tiene que devolver la cosa (artículos 1.753 del Código civil español y 1.828 del Código civil italiano), lo que verificará según civil español.

Si el mutuo es con interés puede ser también gratuito (artículos 1.829 del Código civil italiano y 1.740, párrafo último y 1.755 del Código civil español)—ha de satisfacerlos en la medida pactada, mas si aun siendo gratuito, los satisficiera, no podrá repetir por los pagados (artículos 1.830 del Código civil italiano y 1.756 del Código civil español).

La doctrina de los artículos 1.828, 1.825, 1.826 y 1.827 del Código civil italiano—que carecen de concordante expreso en el español—puede deducirse de las normas que regulan el efecto del incumplimiento de las obligaciones, de la transmisión de la propiedad que por el mutuo se opera y del cumplimiento de las obligaciones puras o con plazo indeterminado respectivamente.

El mutuante puede resultar obligado a indemnizar los daños que el mutuuario sufra por los defectos de la cosa que le transmite si los conociere, pues aun sin tener equivalente el art. 1.824 del Código civil italiano que señala expresamente esa obligación, tal doctrina se infiere de las reglas sobre indemnización por dolo o culpa.

(2) Para la teoría e historia del Derecho romano, especialmente de

la relación de depósito, el cual se basa esencialmente en la confianza, ya que la custodia de las cosas no se encomienda a persona que no inspire seguridad al depositante. El provecho es, por regla general, exclusivo del depositante; el servicio se presta a éste por la otra parte, que proporciona el lugar del depósito para custodiar la cosa y vigilar su conservación; tal servicio es prestado gratuitamente, ya que el depositante no abona compensación alguna al depositario. El fin de este contrato excluye que el accipiente pueda servirse de la cosa en beneficio propio ni utilizar una parte de sus productos.

Pero estas notas características no son tan esenciales que, faltando una o más de ellas, se esfume la figura del depósito, apareciendo otra en su lugar. Nada impide que el depósito se constituya también en interés del depositario y hasta en interés de éste exclusivamente (art. 1.844, núm. 3.^o); ejemplo, la cosa que yo me he obligado a venderte bajo la condición suspensiva, te la confío en depósito durante la pendencia de la condición.

El Código consiente (art. 1.844, núm. 2.^o) que se pacte una remuneración por la custodia, sin que la relación degenera en arrendamiento; de ahí que la gratuidad que el art. 1.837 declara esencial del depósito ordinario, significa únicamente que, no mediando un pacto especial, no se debe abonar compensación alguna (1). El depósito en que se autoriza al depositario a usar

irregular *ver* Schmid, *Ueber das depositum irregulare* (*Arch. f. civ. Pr.*, XXX, 1847, páginas 77 y siguientes); Niemeyer, *Depositum irregulare*, Halle, 1889; Longo, *Appunti sul dep. irregolare* (*Bull. ist. dir. rom.*, XVIII, páginas 121 y siguientes); Segré, *Sul dep. irregolare in dir. rom.* (*ib.*, XIX, página 197); de Ruggiero, *Note sul. c. d. deposito pubblico o giudiz. in dir. rom.* (*St. ec. giur. di Cagliari*, I, 1909, páginas 121 y siguientes); Haedicke, *Depositum und Mandat.*, Rostock, 1904; de Ruggiero, *Depositum vel commodatum* (*Bull. ist. dir. rom.*, XIX, páginas 5 y siguientes). Respecto del Derecho civil. Troplong, *Du prêt, du dépôt et du séquestre*, 1841; Guillaud, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, 1893; Von Schey, *Der Verwahrungstrag* (en *Obligatio verhältnisse*, páginas 281 y siguientes); Coppa Zuccari, *Il deposito irregolare*, Módena, 1901; Simoncelli, *Contributo alla teoria della custodia nel. dir. civ. it.* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XIV, páginas 3 y siguientes).

(1) Venzi en Pacifici, *Ist.* V, pág. 606.

de la cosa no se transmite en comodato ni en mutuo (art. 1.846); pero la figura ordinaria sufre una profunda modificación, sobre todo si se trata de cosas consumibles o fungibles, en cuyo caso la concesión del uso implica la plena disposición para el depositario, y, por consiguiente, la transmisión a éste de la propiedad de la cosa depositada (*depósito irregular*).

Lo que es esencial a la relación es, pues, por un lado, el fin de custodia; por otro, la tradición efectiva o ficticia de la cosa (art. 1.837, párrafos 1.º y 2.º), que da al contrato el carácter de real. La tradición transmite al depositario la posesión natural (salvo en el depósito irregular), generándose, desde el momento en que ocurre, las obligaciones del depositario y las eventuales del depositante.

Tales son los rasgos fundamentales del depósito en general. Este comprende varias figuras, que deben separarse por las modificaciones que suponen en las normas fundamentales del depósito. El Código (art. 1.836) enumera dos clases: el *depósito propiamente dicho* y el *secuestro*.

a) *Depósito* es un contrato esencialmente gratuito, por cuya virtud el depositario recibe en custodia una cosa mueble, obligándose a restituirla al depositante cuando éste la reclame (artículo 1.837). Su esencia es un acuerdo entre las partes, y su finalidad la mera custodia, pudiendo resolverse libremente a voluntad de cada una de las partes. El acuerdo puede nacer del consentimiento libremente prestado por quien da y recibe la cosa, y puede surgir, no por determinación espontánea de las partes, sino por circunstancias tales, que priven de libertad al accipiente del depósito. Como subespecies figuran, por tanto:

a) El *depósito voluntario*, que se caracteriza por provenir del consentimiento espontáneo (art. 1.839), que sólo puede constituirse por el propietario de la cosa o con su consentimiento expreso o tácito (art. 1.840), que no puede tener lugar más que entre personas capaces de contratar (art. 1.841), si bien el depósito constituido por un incapaz obliga igualmente al depositario (art. 1.841, párr. 1.º, aplicación del 1.107), y el depósito confiado a un incapaz deja a salvo en el depositante la acción reivindi-

catoria y una acción de restitución, hasta concurrencia, de cuanto hubiese beneficiado al depositario (art. 1.842, aplicación del art. 1.307).

β) El *depósito necesario* (*depositum miserabile*), en el cual, por causa de una extrema necesidad o de un peligro (incendio, ruina, saqueo, naufragio), la relación se constituye bajo el imperio de un suceso que priva al depositario de libertad de elección (art. 1.864). La principal diferencia consiste en que en el depósito necesario se admite la prueba testifical sin limitación (artículos 1.865, 1.348), mientras que en el voluntario no es permitida si el objeto supera el valor de 2.000 liras (art. 1.341, modificado por Real decreto de 20 de Septiembre de 1922, número 1.316). La ley equipara al depósito necesario el verificado por el viajero en los hoteles, cuadras, etc. (*receptum nautarum cauponum stabulariorum*) (1); los efectos que el viajero lleve consigo e introduzca en dichos locales se consideran confiados a la custodia de los hoteleros, posaderos, etc., sin necesidad de que se les haga especial entrega.

Las normas que a este respecto dictaba el Código civil en los artículos 1.866-1.868, inspirados en la severa regulación del Derecho romano, les declara responsables, aun no siendo culpables. Obligados como depositarios en cuanto a los efectos introducidos en sus hoteles o posadas por el viajero que se alojase en ellos (art. 1.866), respondían del hurto o del daño de que fueran objeto los citados efectos por obra de los criados o de las personas encargadas de la dirección y gestión del negocio o de los extraños que frecuentasen los citados albergues o posadas (art. 1.867). Era ésta una responsabilidad independiente de todo elemento de culpa, una especie de responsabilidad objetiva, que se enlaza con la frecuencia en la antigüedad de los despojos hechos al viajero (2), justificada luego por la doctrina (cuando la mala fama de

(1) Dig., 4, 9, *nautae caupones stabularii ut recepta restituant*.

(2) Ulpiano, fr. 1, § 1, D. 4, 9: *Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.*

hoteleros y posaderos resultó infundada e injuriosa) con el principio del riesgo profesional, según el cual quien ejerce una industria debe soportar los riesgos derivados de hechos que no le sean imputables. Tal responsabilidad cesaba únicamente en los casos de robos cometidos a mano armada o por fuerza mayor o por negligencia del propietario mismo de las cosas, y solamente cuando el hotelero probase la fuerza mayor o la culpa del viajero (art. 1.868).

Habiéndose quejado los hoteleros del excesivo rigor de tales preceptos, fueron éstos modificados—luego de una serie de proyectos de ley (1)—, por virtud del Real decreto de 12 de Octubre de 1919, núm. 2.099 (convertido en ley por la de 7 de Abril de 1921, núm. 610), derogatorio de los artículos 1.866-1.868, los cuales sustituyó por las nuevas disposiciones contenidas en los artículos 11-14. Estos aténúan notablemente la responsabilidad de los hoteleros, y quizás han ido demasiado lejos en cuanto que el *privilegium odiosum* del Código ha sido ahora sustituido por un *privilegium favorabile*. Supuesto que los hoteleros y posaderos son responsables de la sustracción, destrucción y deterioro de las cosas que llevan las personas que alojan en sus establecimientos dentro de los límites establecidos por la nueva ley (art. 11), determina ésta los casos en los que la responsabilidad es ilimitada, fuera de los cuales sólo responden por una cierta suma de dinero, no debiendo resarcirse el mayor daño que pueda experimentar el viajero. La responsabilidad es ilimitada en los tres casos siguientes: a), por las sumas de dinero, títulos de crédito de cualquier especie, objetos preciosos o de notable valor, siempre que se hayan confiado de modo expreso a la custodia del hotelero o de los empleados del hotel; b), por las mismas cosas cuando no haya podido hacerse la entrega por haberse negado el hotelero a su custodia; c), por un objeto cualquiera cuan-

(1) De Ruggiero. *La riforma del Codice civile circa la responsabilità degli albergatori* (en *Scritti per Simoncelli*, páginas 143 y siguientes); Proto en *Riv. dir. civ.*, VI, 1614. páginas 386-537 y siguientes, y además *Sto. dir. comm.*, 1912, I, páginas 923 y siguientes; 1913, I, páginas 4 y siguientes; Chambert, *La responsabilité civile de l'hôtelier*, Lausanne 1914

do el daño sea imputable a culpa grave del hotelero o de los miembros de su familia o del personal dependiente (art. 12, párrafo 1.º). Es el hotelero completamente irresponsable en dos casos: *a*), cuando el daño sea imputable al viajero por haber incurrido en culpa grave o a personas que le acompañan, le visitan o están a su servicio; *b*), cuando el daño derive de fuerza mayor o de la naturaleza de la cosa depositada (art. 12, final). Entre estos dos extremos se hallan los demás casos de sustracción, destrucción o deterioro de las cosas; el hotelero responde del valor de lo sustraído, sin exceder nunca de las 1.000 liras por cada persona alojada en su establecimiento (art. 12, segunda parte). La prueba de la culpa grave del hotelero debe darse—ello se sobreentiende—por el perjudicado, y la de éste por aquél. Finalmente, la ley dispone que el viajero, para conservar su acción, debe notificar el daño al hotelero inmediatamente después que haya tenido conocimiento de él, excepción hecha del caso en que el daño sea producido por culpa grave del hotelero (art. 13); no excluyen la responsabilidad de este último las declaraciones que haga el mismo mediante avisos fijados en sus locales, en los que decline, limite o supedite a condiciones no legales su responsabilidad (art. 14).

Respecto al uso de la cosa confiada en depósito y a su restitución, se ha visto ya que a la figura ordinaria del depósito, que excluye todo uso en el depositario y obliga a éste a restituir la misma cosa recibida, se contraponen:

γ) *El depósito irregular*, el cual, teniendo por objeto cosas fungibles, atribuye al depositario, con la facultad de usar de la cosa depositada, la propiedad de ésta, con lo que resulta obligado a restituir solamente una cantidad igual de las mismas cosas.

Tipo característico de esta especie es el *depósito bancario*, o sea aquel en que el cliente deposita sumas de dinero en un Banco o Caja de ahorros, autorizando a estos establecimientos a usar de la cantidad depositada, y pagando la entidad depositaria como compensación un interés como en el mutuo, aunque menos elevado, por la facultad que se reserva el cliente de retirar el capital en cualquier tiempo. Pero no por esto se transforma la relación en un mutuo fructífero, aunque algunos elementos propios

de éste concurren en aquélla, como son, por ejemplo, las limitaciones en la facultad de retirar, imponiendo la necesidad de dar aviso previo con una cierta antelación; lo esencial y predominante en esta clase de depósitos es la custodia, y el pequeño interés que se paga oficia de compensación o alquiler por el uso mientras que la antelación con que debe darse el aviso previo para retirar el depósito representa una modalidad necesaria para hacer posible al Banco el conocer sus disponibilidades y sus obligaciones en cualquier momento (1). Más bancario es el carácter del depósito por el que se confían títulos al Banco para que los custodie sin que pueda disponer de ellos y recibiendo una compensación por la custodia; si a esto se une la facultad de cobrar los cupones o los títulos sorteados, o la de permutar éstos por otros, a la relación típica de depósito se unirá una relación de mandato o de arrendamiento de obra.

Habrá, en cambio, una mezcla de elementos propios del arrendamiento de cosa y de los del depósito en el llamado *contrato de suscripción a Cajas de seguridad*, que se concluye con los Bancos y es remunerado como el anterior. Pero se discute si los elementos prevalentes son los propios del depósito o los del arrendamiento o si no hay varios negocios concurrentes (2).

(1) Best, *Darlehen und depositum irregulare*, Bonn, 1896; Schweyer, *Die Bankdepotgeschäfte*, München, 1899; Ecker, *Die recht. Natur des reg. und irreg. Bankverwahrungsdepot*, Stettin, 1904; Adler, *Die Bankdepotgeschäfte* Berlín, 1905; Messa, *Mutuo e deposito irreg.* (*Mon. Trib.*, 1897, página 1.016); Coppa-Zuccari *La natura giur. del deposito bancario* (*Arch. Giur.*, LXVIII, 1902, páginas 441 y siguientes); La Lumia, *I depositi bancari*, Turín, 1913.

(2) Schatz, *Location des coffres forts*, París, 1903; Valery, *Location des coffres forts*, 1905; Arcangeli, *Il servizio bancario delle cassette forti di sicurezza* (*Riv. dir. comm.*, I, páginas 179 y siguientes); Bolaffio, *Il servizio dei depositi chiusi* (*ib.*, páginas 466 y siguientes); Sarfatti, *Del contratto d'abbonamento alle cassette di sicurezza nelle banche*, Turín, 1908; *Natura giur. del contr. d'abb.* (*Foro it.*, 1909, páginas 35 y siguientes); Scialoja A., *Il contr. d'abb. alle cassette forti di custodia* (*Riv. dir. comm.*, 1908, página 1.385, y en *Giur. it.*, 1906, IV, páginas 241 y siguientes); Caramelutti, *Natura del contr. di cassetta-forte per custodia* (*Riv. dir. comm.*, 1911, II, páginas 902 y siguientes, y en *Studi dir. civ.*, páginas 479 y siguientes); La Lumia, *I depositi bancari*, páginas 195 y siguientes; Rocco, *La nat.*

b) *Secuestro* es el depósito de una cosa objeto de controversia entre dos personas confiada a un tercero para que la custodie, sustrayendo así su disponibilidad a los litigantes mientras dura el litigio y la restituya al terminar éste al litigante a quien la pertenencia de la cosa se atribuya (1). Ahora bien, como este depósito puede convenirse entre los mismos litigantes o ser ordenado por la autoridad judicial, se distingue el *secuestro convencional*, relación puramente contractual y civil (art. 1.870) del *secuestro judicial* (artículos 1.865, 1.875, 1.877), sustituido por el Derecho procesal, y que origina en el secuestrario obligaciones idénticas a las que genera el secuestro convencional (artículo 1.877, párr. 1.º).

También el secuestro, como el depósito, puede ser remunerado (art. 1.871), y cuando es gratuito se le aplican las normas propias del depósito (art. 1.872). Pero existen diferencias: en cuanto al objeto, pues, el secuestro puede recaer en cosas muebles e inmuebles (art. 1.873), y en cuanto a las obligaciones del secuestrario, ya que éste no puede librarse de la custodia antes de que termine el litigio ni restituir a persona distinta de la que venza en éste, a no ser que por mutuo acuerdo de los interesados y mediando causa que el Juez estime legítima, no sea exonerado antes de decidirse el litigio (art. 1.874).

Prescindiendo de todas estas variedades y considerando la relación en su aspecto ordinario, las obligaciones que nacen de ella corren todas a cargo del depositario; eventualmente pueden imponerse también al depositante.

A. *Obligaciones del depositario.*

a) Debe, ante todo, custodiar la cosa que le fué confiada y

giur. del c. d. contr. d'abb. delle cassette forti (Circ. giur., 1911, páginas 52 y siguientes); Cogliolo, *Le cassette forti di custodia noleggiate sotto nome fittizio* (Scritti. dir. priv., II, páginas 205 y siguientes); Bonelli, *Sulle nat. giur. del contr. d'abb.*, etc., (Legge, 1908, páginas 2.213 y siguientes).

(1) Para la doctrina romana del secuestro véase Muther, *Sequestration und Arrest.*, Leipzig, 1856; Nikonoff, *Die Lehre von der Sequestration nach. röm. Recht.*, Berlín, 1894; Arangio-Ruiz, *Studi sulla dottrina romana del sequestro* (Arch. giur., LXXVI, 1906, páginas 471 y siguientes; LXXVIII, 1907, páginas 233 y siguientes).

emplear en esto la misma diligencia que emplea en la custodia de las cosas propias (art. 1.843). Los límites de su responsabilidad son determinados por la *culpa in concreto*, que, como ya vimos, no constituye una atenuación de la culpa ordinaria, y puede generar responsabilidad por una negligencia mínima, si en sus cosas el depositario es diligentísimo. Pero cualquiera que sea *in concreto* la diligencia del depositario en las cosas propias, en cuatro casos la ley aprecia con más rigor su responsabilidad: cuando el depositario se haya ofrecido a recibir el depósito, cuando el depósito se haya hecho en interés exclusivo del depositario, cuando el depósito sea remunerado o cuando se hubiere convenido la obligación de responder por una culpa cualquiera (art. 1.844). En estos casos, no hay variación de criterio para la determinación de la culpa, sino una apreciación más rígida. Agotándose en la custodia la finalidad del contrato, se comprende que ninguna facultad de uso corresponda al depositario (artículo 1.846), el cual no puede, cuando se trate de depósito secreto, ni siquiera descubrir las cosas que le fueron confiadas (artículo 1.847).

b) En segundo lugar, el depositario debe restituir la *misma* cosa que recibió (art. 1.848) a quien se la confió (art. 1.853) en el lugar convenido (art. 1.858) y cuando el depositante la reclame (art. 1.860). Pero respecto a la restitución, se aplican las siguientes normas: *En cuanto a la cosa*, debe restituirse tal y como se halle al tiempo en que proceda la restitución, sin que el depositario responda de los deterioros producidos sin su culpa (art. 1.849); debe restituir la cosa con todos sus incrementos y con los frutos por ella producidos y recogidos por el depositario (artículo 1.852). Tratándose de depósito de dinero con facultad de uso, se restituirá la misma cantidad de monedas que fué depositada, cualquiera que sea el aumento o disminución de su valor (art. 1.848, párr. 1.º), sin abonar intereses, porque éstos no se devengan sino desde el día de la constitución en mora (artículo 1.852, párr. 1.º), a no ser que se haya estipulado el pago de un interés o se haya usado del dinero sin permiso. Si la cosa no existe y no pereció por su culpa, el depositario debe restituir lo que en sustitución de la cosa ingresó en su patrimonio; por

tanto, la cosa o la suma que haya recibido en sustitución de la cosa de que fué privado por fuerza mayor (art. 1.850), el precio o la acción contra el comprador, cuando el heredero del depositario haya vendido el depósito de buena fe (art. 1.851). *En cuanto a la persona*, debe hacerse la restitución, en primer término, al depositante, sin que el depositario pueda exigir que el depositante pruebe que es el propietario. Sin embargo, si sabe que la cosa fué robada y conoce al dueño, debe denunciar a éste el depósito, liberándose si lo restituye a dicho dueño o al depositante cuando el robado omita hacer la reclamación, no obstante haberle sido hecha la denuncia (art. 1.854). Si el depositante es incapaz o deviene tal luego de verificado el depósito, la restitución se hará a quien corresponda la administración (art. 1.853, párrafo 1.º, 1.856). Muerto el depositante, tendrá derecho a recibirla el heredero; y si son varios los herederos, cada uno por su porción, si la cosa es divisible, y todos ellos o uno solo en representación de los demás, si es indivisible (art. 1.855). *En cuanto al tiempo*. Si fué fijado un término para la restitución, debe hacerse ésta también cuando el depositante la reclame (art. 1.860). Debe tenerse presente, sin embargo, lo dicho anteriormente sobre los depósitos bancarios. *En cuanto al lugar*, será el convenido, debiendo el depositario transportar a él la cosa a expensas del otro (art. 1.858); si no fué fijado lugar alguno, éste será aquél en que la cosa se halle (art. 1.859).

B. *Obligaciones eventuales del depositante*.—Prescindiendo de la de pagar la remuneración al depositario si se trata de depósito no gratuito, el depositante debe satisfacer al depositario los gastos hechos por éste para conservar la cosa, para transportarla, y debe también resarcirle de los daños que puede haber sufrido con ocasión del depósito (art. 1.862). En garantía de estos créditos, atribuye el art. 1.863 al depositario un *ius retentionis* hasta el pago de todo cuanto le es debido por causa del depósito mismo (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—La regulación romana de este contrato ha sido conservada casi en su pristina pureza por las legislaciones modernas, observándose sin embargo la traslación que en este contrato se ha operado del campo del Derecho civil al del mercantil, tan es así que los.

redactores del Código civil alemán pensaron dejar fuera de él su regulación.

Da nuestro Código civil un concepto genérico del depósito (art. 1.758) significando su naturaleza real y las obligaciones principales del depositario, guarda y restitución, estableciendo seguidamente su división (artículos 1.759 del Código civil español y 1.836 del Código civil italiano) en judicial y extrajudicial.

El depósito extrajudicial, o propiamente dicho, lo define el Código italiano en el art. 1.837 remarcando que el objeto del mismo han de ser cosas muebles, requisito esencial que el nuestro exige en el art. 1.761 y no en la definición en razón de ser ésta genérica y abarcar también al depósito judicial del que pueden ser objeto los inmuebles. Junto a esta característica significa nuestro Código la de la gratuidad que se presume siempre, salvo pacto en contrario (art. 1.760), y la división de este depósito en voluntario y necesario (art. 1.762 del Código civil español).

En función de aquél hemos de estudiar la relación jurídica que nace de este contrato, pues las disposiciones referentes a otras modalidades, a él se remiten.

Es voluntario el depósito cuando se hace la entrega por voluntad del depositante (artículos 1.673 del Código civil español y 1.839 del Código civil italiano, añadiendo nuestro Código que también lo es aquel en que dos o más personas que se crean con derecho a una cosa la depositan en poder de un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda. Esta figura de depósito se reputa secuestro convencional en el Código civil italiano (art. 1.870).

Puede constituir el depósito aun el no propietario de las cosas, como se deduce del art. 1.673 ya citado y del 1.771 que obliga a entregar el depósito al depositante sin exigir prueba de ser propietario, no existiendo precepto concordante con el art. 1.841 del Código civil italiano que exige al depositante la condición de propietario. La capacidad es la general de contratar, pero surten efectos tanto el depósito constituido como el recibido por un incapaz (artículos 1.764 y 1.775 del Código civil español y 1.841 y 1.842 del Código civil italiano).

Su objeto ya hemos dicho que tienen que ser bienes muebles (artículo 1.761 del Código civil español), y no hay exigencia especial en cuanto a la forma.

Surte sus efectos, creando obligación para el depositario y eventualmente para el depositante.

El depositario viene obligado: 1.º, a la conservación de la cosa, respondiendo según lo dispuesto en el libro I de este Código (artículos 1.766 del Código civil español y 1.843 a 1.845 del Código civil italiano), no pudiendo usar de ella sin permiso del depositante (artículos 1.767 del Código civil español y 1.846 del Código civil italiano) ni descubrir las cosas que se le entregaron cerradas y selladas (artículos 1.769 del Código civil español y 1.847 del Código civil italiano) y

2.º A restituir la cosa al depositante, a sus causahabientes o a la persona designada en el contrato, cuando le sea pedida (art. 1.768 del Código civil español), salvo si el constituyente se incapacita, que ha de entregarla al administrador de sus bienes (artículos 1.773 del Código civil español y 1.856 y 1.857 del Código civil italiano).

Si descubre que la cosa es hurtada debe avisar al propietario y si no la reclama dentro del mes siguiente, cumple con devolverla al depositante (art. 1.771 del Código civil español).

Cumpliendo con entregar su parte a cada uno de los depositantes, si fueran varios y no solidarios y la cosa fuera divisible. Si hubiere solida-

ridad en los depositantes o indivisibilidad en la cosa, se estará a lo dispuesto en los artículos 1.141 y 1.142 (art. 1.772 del Código civil español).

La restitución de la cosa ha de hacerse con productos y acciones y si es diverso se aplicará lo dispuesto para el mandatario en el art. 1.724 (artículos 1.770 del Código civil español y 1.852 del Código civil italiano que contiene una resolución más lógica al problema del uso del depósito de dinero).

Si la cosa se le entregó cerrada y sellada, debe devolverla en la misma forma (art. 1.769 del Código civil español).

La devolución se verificará en el lugar convenido, siendo los gastos de cuenta del depositante, y si no se convino, en el que se encuentre la cosa depositada aunque no sea el mismo en que se hizo el depósito, con tal que no hubiese intervenido malicia de parte del depositario (artículos 1.774 del Código civil español y 1.858 y 1.859 del Código civil italiano, si bien en estos artículos no se especifica claramente el lugar de la devolución a falta de pacto).

La fijación de plazo no impide la reclamación de la cosa por el depositante, salvo que se hubiere embargado el depósito en poder del depositario o se hubiere notificado a éste la oposición de un tercero a la entrega o traslación (artículos 1.775 del Código civil español y 1.860 del Código civil italiano), pudiendo también el depositario devolver la cosa antes del término del depósito, si tiene justos motivos para no conservarla, y si resistiera la entrega el depositante, puede obtener del Juez su consignación (artículos 1.776 del Código civil español y 1.860, § 2.º del Código civil italiano).

El incumplimiento de estas obligaciones por el depositario, determina su responsabilidad, exigible según lo preceptuado en el título I de este libro (art. 1.766 del Código civil español), presumiéndose la culpa si apareciese forzado el sello o cerradura, en el depósito hecho bajo estas garantías, salvo prueba en contrario (art. 1.769 del Código civil español).

La pérdida de la cosa por fuerza mayor le exime de responsabilidad, mas si recibiese otra deberá devolver ésta (artículos 1.777 del Código civil español y 1.850 del Código civil italiano), y si el heredero del depositario hubiese vendido de buena fe la cosa depositada, cumplirá con restituir el precio recibido o con ceder las acciones contra el comprador si éste no lo hubiese pagado (artículos 1.878 del Código civil español y 1.851 del Código civil italiano).

El depositante por su parte viene obligado a satisfacer la merced pactada (art. 1.760 del Código civil español), a reembolsar los gastos que hiciese el depositario para la conservación de la cosa depositada e indemnizarle de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito, pudiendo retener en prenda la cosa depositada, el depositario, hasta que el depositante le satisfaga lo que le deba por razón del depósito (artículos 1.779 y 1.780 del Código civil español y 1.862 y 1.863 del Código civil italiano).

Depósito irregular.—El art. 1.768 del Código civil español lo proscribe al afirmar que si el depositario tiene permiso para usar o servirse de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato. Este artículo ha sido objeto de duras críticas por entrañar una grave e injustificable confusión entre esta modalidad del depósito y el préstamo, que si tienen afinidades pueden distinguirse por su finalidad, ya que el depósito se hace en interés del depositante y el préstamo en el del prestatario, cuya posición es la opuesta en ambos contratos, diferenciándose también en que la acción que garantiza

§ 93.—*Mandato*

Brugi, *Ist.* § 65 (II. a.); Pacifici, *Ist.* V, pág. 465; Chironi, *Ist.* II, §§ 344-348; Zachariae, *Man.*, II, §§ 390-396; Aubry y Rau, *Cours.* VI, §§ 410-416; Planiol, *Traité*, II, número 2.231; Windscheid, *Pand.* II, 2, §§ 409-412 (1).

El encargo conferido a una persona para que realice por cuenta nuestra y en nuestro nombre uno o más negocios jurídi-

la efectividad del derecho del depositante es de carácter privilegiado; no gozando de él la que puede utilizar el prestamista.

Depósito necesario. Tiene este carácter el que constituye en cumplimiento de una obligación legal o con ocasión de alguna calamidad (artículos 1.781 del Código civil español y 1.864 del Código civil italiano que no conceptúa depósito necesario el constituido en cumplimiento de una obligación legal), rigiéndose por la ley que establece la obligación y en su defecto por las reglas del depósito voluntario que son aplicables en todo caso al constituido en ocasión de una calamidad (art. 1.782 del Código civil español).

También se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos en las fondas o mesones para los viajeros. De ellos responden los fondistas o mesoneros como depositarios, si se hubiese dado conocimiento, a ellos o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa y los viajeros, por su parte observasen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos le hubiesen hecho sobre cuidado o vigilancia de los efectos (art. 1.783 del Código civil español). Alcanza esta responsabilidad al posadero, tanto por hechos propios como por sus dependientes o por extraños, salvo el caso de robo a mano armada u otro de fuerza mayor (artículo 1.784 del Código civil español).

Secuestro.—Queda limitada la doctrina del secuestro en nuestro Código civil al depósito judicial al excluir de él el llamado secuestro convencional regulado bajo las reglas del depósito voluntario regular en el artículo 1.763

Tiene lugar el depósito judicial cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos (art. 1.785 del Código civil español). Su objeto pueden serlo tanto bienes muebles como inmuebles (artículos 1.786 del Código civil español y 1.875 del Código civil italiano) respecto de los cuales el depositario ha de cumplir las obligaciones de un buen padre de familia (art. 1.788 del Código civil español), no quedando libre hasta que termine la controversia que lo motivó, a no ser que el Juez lo ordenare por consentir en ello todos los interesados o por otra causa legítima (artículos 1.787 del Código civil español y 1.874 del Código civil italiano), rigiéndose el depósito judicial en lo que no esté dispuesto en este Código por las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 1.789 del Código civil español y 1.875 del Código civil italiano).

(1) Troplong, *Du mandat.*, 1841; Domenget, *Du mandat de la comis-*

cos, de modo que los efectos del negocio realizado se enlacen a nuestra persona, como si nosotros mismos lo hubiésemos efectuado, se llama técnicamente mandato. El Código (art. 1.737) lo define como un contrato, en cuya virtud una persona se obliga gratuitamente o mediante una compensación a ejecutar un negocio jurídico por cuenta de otra persona que le confirió el encargo.

Esta definición da una idea del mandato excesivamente amplia, pues comprende, además del mandato propiamente dicho, otras figuras de encargo o comisión, en las que el encargado obra por cuenta de otro, pero no en su nombre o como representante suyo.

El mandato verdadero y propio no va nunca separado de la idea de representación, sino que es la fuente más importante de la representación voluntaria. Dicha representación es causa de que una persona (representante), al emitir una declaración de voluntad, dé vida a un negocio jurídico, cuyos efectos se reproducen en otra persona (representado), en cuyo nombre e interés obra aquél.

Del primer elemento o requisito (declaración de voluntad propia) deriva la diferencia entre representación y cualquiera otra especie de encargo en el que el tercero (nuncio) no manifiesta una voluntad propia, sino que se limita a hacer la declaración de voluntad ajena.

Del segundo (actuar en nombre e interés ajenos) surge la distinción entre representación y otros casos en los que una persona obra en interés de quien le confirió el encargo, pero no en su nombre; así que todos los efectos del negocio efectuado se producen en el patrimonio del encargado, precisándose de un de-

sión et de la gestión d'affaires, 1866; Guillaouard, *Des contrats aléatoires et du mandat.*, 1893; Von Schey, *Der Bevollmächtigungsvertrag* (en *Obbligationsverhältnisse*, páginas 419 y siguientes); Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione* Milán (en *C. com. comm.* Vallardi); Pipia, *Teoria del mandato civile e commerciale*, Milán, 1902; Pola, *Contributo allo Studio del mandato speciale ad hoc*, Turín, 1902; Oliveri, *Mandato civile* (en *Dig. it.*), Battista, *Del contratto di società e di mandato*, Turín, 1920.

terminado expediente para hacerlos recaer en el patrimonio del otro. Ahora bien, precisamente mediante el mandato se confiere un poder de representación al mandatario, quien permanece extraño a todas las relaciones jurídicas que crea al contratar con los terceros, los cuales quedan, por virtud de su voluntad, ligados directamente al mandante. Y esto basta para distinguir, como oportunamente distingue el Código de Comercio (artículos 349, 380), el mandato de la comisión, en la cual el comisionista negocia por cuenta del comitente, pero en nombre propio, por lo que no liga los terceros al comitente, sino a sí mismo (artículo 381).

En este y en otros casos análogos puede hablarse de representación; pero ésta es solamente indirecta, porque, como se ha dicho, precisa un acto jurídico especial para transferir al representado las adquisiciones hechas y las obligaciones contraídas en nombre del representante indirecto. Constituye, pues, una causa que deforma el mandato y transforma al mandatario en simple comisionista, ya que actúa en nombre propio y no en el del mandante. El Código civil, que en la definición (art. 1.737) sólo habla de actuar por cuenta del mandante, se apresura a declarar que si el mandatario actúa *en nombre propio*, el mandante carece de acción contra aquellos con quienes el mandatario contrató, ni éstos la tienen contra el mandante, resultando sola y directamente obligado el mandatario (art. 1.744) (1).

La función que el contrato ejerce consiste en el servicio que el mandatario presta al mandante, realizando aquél en lugar de éste el negocio que le ha sido encomendado. La relación, inspirada en la confianza; asumió en los orígenes —en Derecho romano reposaba en el *Officium* y en la amistad (cfr. fr. 1, párr. 4.º, D. 17, 1)—el carácter de negocio a título gratuito, pero lo perdió en el Derecho moderno, que consiente una remuneración e impone al mandatario, cuando dicha retribución media, una res-

(1) Véase Tartufari *La rappresentanza nella conclusione dei contratti*, Turín, 1892; Pilon, *Essai d'une théorie gen. de la représentation dans les Obligations.*, París, 1898; Sraffa, *Il mandato e la rappresentanza nel C. di comm. (Dir. comm., XVI, 1898)*; Nattini, *Dottrina generale della procura. La rappresentanza*, Milán, 1910.

ponsabilidad más grave (art. 1.746). Sin embargo, la gratuidad continúa siendo, por efecto de la tradición romanística, característica normal de la relación; el servicio no debe ser remunerado por el mandante si no se pactó la retribución (art. 1.739). En esto radica una de las diferencias que existen entre el mandato civil y el mercantil, ya que este último contrariamente se presume retribuido (art. 349 del Código de Comercio).

Pero ya sea mercantil o civil, la existencia de una remuneración, no basta a transformar el mandato en un contrato de arrendamiento de obra. La línea de separación entre ambos contratos, que en ocasiones parece no acusarse, viene constituida por la causa jurídica, la cual, en el mandato, no es el honorario o retribución prometidos o presuntos (como es el canon o merced en el arrendamiento), sino el espíritu de la buena voluntad; por el poder de representación que se confiere al mandatario mediante el mandato, y que no puede derivar del arrendamiento de obra; por el objeto, que en el mandato es un negocio a ejecutar, es decir, un negocio jurídico, y, por consiguiente, un acto, mientras en el arrendamiento se trata siempre de una actividad técnica, de una energía, no de una declaración de voluntad que origine relaciones jurídicas con los terceros.

Son, pues, requisitos del mandato: un negocio a realizar y un encargo conferido y aceptado. Ahora bien, respecto al primero, procede advertir que el negocio debe ser, a más de posible, lícito, y tal, que permita sustituir la voluntad del interesado por la de otros con el mismo efecto. El negocio debe interesar al mandante y a un tercero, y puede interesar al mismo tiempo al propio mandatario. Un mandato conferido en interés exclusivo del mandatario no sería tal mandato; sería más bien un consejo, una recomendación, que no generaría relaciones obligatorias, y que apenas podría originar una responsabilidad, basada en el principio general del art. 1.151. Según se limite a uno o más negocios determinados o se extienda a todos los del mandante el mandato, es *especial* o *general* (art. 1.740). Según esto, pues, el poder de representación conferido al mandatario será general o especial, es decir, válido para toda especie de actos o negocios jurídicos en los que sea posible emitir declaraciones de voluntad

por cuenta y en nombre ajeno, o bien circunscrito al negocio a que el encargo se limita. Ni en una ni en otra especie de mandato precisa una designación específica de las facultades conferidas al mandatario; la ley restringe oportunamente los poderes cuando el mandato se confiera en términos genéricos, declarando que, en tal caso, no otorga más facultades que las puramente administrativas (art. 1.741) (1).

Respecto al otro requisito, el encargo (2) se presume que fué conferido por una persona capaz y debidamente aceptado por el mandatario. El mandante ha de ser capaz, por lo menos relativamente, a aquel acto jurídico cuya ejecución encomienda a otro. Semejante capacidad no es exigida, en cambio, en el mandatario, ya que los efectos propios de los actos realizados por él, recaen directamente en la persona del mandante, sin que vinculen en modo alguno el patrimonio del mandatario; mandatario puede ser un menor o un incapaz; pero comoquiera que éste debe declarar su voluntad, habrá de tener la natural capacidad para emitir ésta. La incapacidad del mandatario sólo influye en las relaciones con el mandante, y por ello frente a éste el mandatario no asume las obligaciones derivadas del contrato y sólo responde por el enriquecimiento injusto (art. 1.743).

El mandato se puede conferir y aceptar tácita y expresamente (art. 1.739). La aceptación tácita se exterioriza mediante la ejecución del mandato. Menos frecuente es el otorgamiento tácito, que no es posible cuando se trata de enajenar, hipotecar o realizar actos que excedan de la administración ordinaria (artículo 1.741, párr. 1.º), y que sólo se admite en los demás casos

(1) Sobre estas distinciones véase Fadda y Bensa en *Windscheia Pand.* I, páginas 919 y siguientes; Venzi en *Pacifici, Ist.*, V, pág. 505, n. d.

(2) Encargo y no consejo, porque el consejo no obliga nunca a no ser que intervenga en él un hecho doloso. Puede recordarse aquí la figura del *mandatum tua gratia*. Véase Mancaloni, *Mandatum tua gratia e consilium* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, XXVII, 1895, páginas 367 y siguientes); Bortolucci, *Il mandato di credito* (*Bull. ist. del dir. rom.*, 1915, páginas 133 y siguientes); Morsa, *La respons. del mandatario per consiglio* (*Riv. dir. comm.*, 1916, II, páginas 216 y siguientes); Floerke *Rat. Auskunftserteilung und Empfehlung nach. B. G. B.*, 1910.

cuando concurrán circunstancias que clara y seguramente revelen tal intención. Si el mandato es expreso, la ley no exige, por lo general, una forma determinada, siendo utilizable, tanto la escrita como la verbal; lo que precisa es que el otorgamiento y los límites de los poderes de representación sean dados a conocer a los terceros. La relación directa que se da siempre entre la declaración de voluntad del mandatario y el patrimonio del mandante implica una restricción impuesta a esta libertad de forma; si la declaración de voluntad del mandatario debe valer como declaración del mandante, y si para determinados actos jurídicos la ley exige la forma escrita (por ejemplo, en las enajenaciones de inmuebles), también el mandato deberá revestir esta forma, ya que el mandante mismo no puede enajenar o adquirir inmuebles sino es utilizando la forma escrita (1).

El mandato origina obligaciones que, en vía principal, se imponen al mandatario, si bien pueden surgir también para el mandante.

A. *Obligaciones del mandatario.*

a) Fundamental es la de *ejecutar el encargo* que le ha sido conferido en tanto subsista y la de *gestionar el negocio* con la diligencia de un buen padre de familia. Si no cumplimenta el encargo el mandatario, puede ser forzado a cumplirlo y a indemnizar, además, los daños derivados del incumplimiento; tampoco puede el mandatario suspender la ejecución del negocio confiado por muerte del mandante si cuando ésta ocurre la ejecución había comenzado ya y en la suspensión pudiera derivar perjuicio (artículo 1.745). Si no lo ejecuta con la debida diligencia, responderá también de los daños en los límites de la culpa leve, porque se requiere en él la diligencia del *bonus pater familias* y se le impone la responsabilidad de la culpa considerada en abstracto (art. 1.746). El criterio no varía; no se sustituye el de la culpa en abstracto por el de la culpa en concreto, en el caso de mandato gratuito, con respecto al cual dispone el art. 1.746, párrafo 1.º, que la responsabilidad se establece con menos rigor; hay, por tanto, una mitigación de responsabilidad.

(1) La cuestión ha sido vivamente discutida. Véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, V, pág. 501, n. b.

b) El mandatario debe mantenerse dentro de los límites de las facultades que le hayan sido conferidas (art. 1.742). El obrar saliéndose de los límites del mandato produce como consecuencia el que, no pudiendo ya el mandatario considerarse como representante del mandante, se obligue a sí mismo y no obligue a este último con los terceros. Por eso los terceros deben tener la precaución de asegurarse previamente de la existencia y extensión del mandato si quieren entrar en relación jurídica con el mandante. Este no resulta personalmente obligado con los terceros si el mandatario se excedió en las facultades que le fueron otorgadas, a no ser que hubiere ratificación posterior por el mandante tácita o expresa (art. 1.752). Por otra parte, también los terceros, cuando conozcan las facultades otorgadas al mandatario, no pueden exigir de éste garantía alguna para asegurar las obligaciones por él asumidas que excedan del mandato, a no ser que se hubiese obligado personalmente (art. 1.751).

Tanto el mandatario como los terceros pueden, cuando habiéndose aquél extralimitado reduzcan el negocio a los límites del mandato, exigir del mandante que reconozca el negocio y lo ejecute.

c) Salvo en el caso en que las cualidades técnicas o personales del mandatario hayan sido tomadas por el mandante en consideración, tal que no sea posible la sustitución de dicho mandatario por otro, puede éste encomendar el negocio que le ha sido confiado a un sustituto. Responderá, sin embargo, de la gestión del sustituto cuando no le haya sido concedida la facultad de designario, o cuando, habiéndole sido otorgada tal facultad sin designar la persona del sustituto el mandante, haya nombrado el mandatario a persona notoriamente incapaz o insolvente. En todo caso, al mandante corresponde una acción directa contra el sustituto (art. 1.748).

d) Finalmente, el mandatario está obligado a rendir cuentas de su gestión y a entregar al mandante todo lo que hubiere recibido a consecuencia del mandato, aun cuando lo que hubiere recibido no fuese realmente debido al mandante (art. 1.747). Si hubiere empleado en usos propios sumas percibidas con destino al mandante, deberá a éste los intereses de dicha suma des-

de la fecha en que hubiere comenzado a usar de ella; en cambio, respecto a las sumas que debiese según la cuenta rendida, tendrá que abonar intereses desde el día en que comenzó la mora solamente (art. 1.750).

B. *Obligaciones eventuales del mandante.*

Además de la retribución en los casos en que ésta hubiere sido prestada, deberá el mandante reembolsar al mandatario los anticipos y gastos por éste efectuados para ejecutar el mandato, más los intereses correspondientes a las sumas anticipadas (artículos 1.753 y 1.755). No puede eximirse de esta obligación de reembolsar alegando que el negocio no ha tenido éxito o que los gastos y anticipos hubieran podido ser menores; sin embargo, es supuesto necesario el que al mandatario no sea imputable culpa alguna. Con el mismo supuesto debe el mandante indemnizar al mandatario de todas las pérdidas ocasionadas a éste por los encargos asumidos, y, en general, debe relevar al mandatario de toda obligación por él asumida para dar cumplimiento al mandato (art. 1.754).

Extinción del mandato.—Se extingue el contrato *por revocación* del encargo hecho por el mandante (art. 1.757, párr. 1.º); puesto que la relación se da en interés de éste por regla general, y como se basa en la confianza, es lógico que el mandante pueda en todo momento hacer que cese el mandato por decisión unilateral, y si al conferirlo se otorgó un escrito acreditativo del mismo, puede exigir la restitución de dicho escrito (art. 1.758). No es obstáculo al ejercicio de este derecho el haber pactado abono de honorarios al mandatario, porque la retribución no transforma dicho contrato en sinalagmático (1). Tampoco la revocación afecta a las relaciones anteriormente creadas, es decir, a lo hecho por el mandatario dentro de los límites del mandato, antes de ser éste revocado. Si la revocación fué notificada al mandatario solamente, no podrá oponerse aquélla a los terceros que, ignorándola, hubieren contratado de buena fe con el mandatario (ar-

(1) En el Código de Comercio (art. 366) se establece que el mandante que revoque sin justa causa el mandato, está obligado a resarcir el daño causado al mandatario.

título 1.759). Los modos de verificar la revocación pueden ser expreso y tácito; se tiene por revocado el mandato cuando para el mismo negocio sea nombrado un nuevo mandatario y desde el momento en que dicho nombramiento sea notificado al mandatario precedente (art. 1.760).

b) En contraposición y habida cuenta de la base de amistad y benevolencia sobre que la relación reposa, también al mandatario se atribuye el derecho de hacer cesar la relación. La ley le otorga la *facultad de renunciar* en todo tiempo al encargo (artículo 1.757, párr. 2.º), pero limita el ejercicio de esta facultad, obligándole a indemnizar al mandante si la renuncia le perjudica, salvo el caso en que entre el perjuicio del mandante y el del mandatario sea de más entidad este último (art. 1.761).

c) Del carácter personal que la relación reviste se deduce el que se resuelva por la muerte de una u otra de las partes (artículo 1.757, párr. 3.º). La muerte del mandante no influye, sin embargo, en los negocios realizados por el mandatario que la ignore, con tal de que procedan de buena fe aquellos con quienes dicho mandatario contrata (art. 1.762); si el negocio fué comenzado y de la suspensión de su ejecución puede derivar daño, el mandatario está obligado a terminarlo (art. 1.745). Fuera de este caso, no es admisible que el contrato subsista habiendo muerto; especialmente no es admisible que la relación subsista, aun cuando el mandato se haya conferido para ejecutarlo después de la muerte del mandante, porque un *mandato post mortem* no se admite en nuestro Derecho (1). La muerte del mandatario no exime a sus herederos de adoptar interinamente las providencias necesarias para proteger los intereses del mandante, a quien aquéllos deben participar la muerte del mandatario (artículo 1.763).

d) Finalmente, toda alteración importante en el estado jurídico del mandante o del mandatario, como la *interdicción* o la

(1) Bonfante, *Mandato post mortem* (*Giur. it.*, 1903, IV, páginas 161 y siguiente, y en *Scritti giur.*, III, páginas 262 y siguientes); Vitali, *Foro it.*, 1902, páginas 1.326 y siguientes. Otros autores equivocadamente mantienen opinión contraria: Menzi en Pacifici, *Ist.* V, pág. 510. Véase también Farsa, *Mandatium post mortem* (*Giur. it.*, 1916, I, 1, pág. 369).

quiebra, produce la extinción de la relación. Lo mismo debe decirse de la *inhabilitación* cuando el objeto del mandato lo constituyan actos que ni uno ni otro podrían hacer por sí solos sin asistencia del curador (art. 1.757, párrafos 3.º y 4.º) (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—El art. 1.709 del Código civil español—concordante con el 1.737 del italiano—define el mandato como del contrato, por el que «se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta y encargo de otra».

No significa nuestro Código, como lo hace el italiano, el objeto esencial del mandato: ejecutar un negocio jurídico en nombre de otro; ni se cuida de señalar la gratuidad como característica necesaria; por lo demás todas las críticas que a la definición del Código italiano hace Ruggiero, son aplicables a la del Código español, que no significa tampoco la distinción entre mandato y comisión mercantil (regulada ésta en el Código de Comercio español, artículos 244-280), en la cual si el comisionista obra en nombre propio, no obliga directamente al comitente con la persona con quien él contrató, sino a través suyo (artículos 246 del Código de Comercio español y 381 del Código de Comercio italiano), produciéndose análogos efectos cuando el mandatario obra en su propio nombre (artículos 1.717 del Código civil español y 1.744 del Código civil italiano), sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

Se nota en este contrato una marcada evolución hacia la retribución—en su origen era gratuito por esencia: *mandatum nisi gratuitum nullum est*—más significada en el art. 1.711 del Código civil español, que presume la obligación de retribuir al mandatario cuando tiene por ocupación el desempeño de funciones análogas a las que se le encomiendan: el Código civil italiano en el art. 1.739, funda el derecho a remuneración, aun no pactada, cuando la gravedad de la misión determine una mayor responsabilidad. Ambos Códigos regulan la retribución como posible, no como esencial, pues presumen la gratuidad (artículos 1.711 y 1.739).

Los tratadistas plantean el problema al tratar este punto, de la posible transformación del mandato en arrendamiento de servicios cuando se pacta retribución; en orden a él sólo hemos de hacer notar que admitido por algunos Códigos—el alemán por ejemplo—, la posibilidad de que todas las actividades, aun las intelectuales, sean objeto del contrato de arrendamiento de servicios, ¿qué diferencia habrá entre un arrendamiento de servicios cuyo objeto sea concluir un negocio jurídico con el mandato retribuido?

De la extensión del mandato deriva su clasificación en general y especial (artículos 1.712 del Código civil español y 1.740 del Código civil italiano), no confiriendo capacidad aquél más que para actos administrativos (artículos 1.713 del Código civil español y 1.741 del Código civil italiano).

La capacidad de las partes ha de ser en el mandante para realizar el acto que al mandatario encomienda y en éste para expresar su voluntad, pudiendo serlo el menor emancipado y la mujer casada con autorización de su marido (art. 1.716 del Código civil español).

Tanto el hecho de conferir el mandato como el aceptado, puede hacerse tácita o expresamente (artículos 1.710 del Código civil español y 1.739 del Código civil italiano), exigiéndose esta forma para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio (artículo

los 1.713, § 2.º del Código civil español y 1.741, § 1.º del Código civil italiano), no entendiéndose conferida al mandatario, le faculta de comprometer en árbitros o amigables componedores cuando se le otorgó solamente la de transigir.

La forma del mandato expreso puede ser bien verbal o bien escrita, en documento público o privado (art. 1.710, § 2.º del Código civil español).

Efectos del contrato.—A Obligaciones del mandatario.

a) Ejecutar el encargo con arreglo a las instrucciones recibidas y si no como un buen padre de familia, respondiendo de los daños y perjuicios que por no ejecutarlo se ocasionen al mandante, debiendo continuar el negocio, aun muerto el mandante, si iniciado antes de morir aquél hubiese peligro en la tardanza (artículos 1.718 y 1.719 del Código civil español y 1.745 del Código civil italiano). La responsabilidad le alcanza hasta por culpa que debe estimarse por los Tribunales, con más o menos rigor, según que el mandato sea o no retribuido (artículos 1.746 del Código civil italiano y 1.726 del Código civil español), no siendo solidaria la responsabilidad, en el caso de ser varios los mandatarios restituidos simultáneamente, si no se expresó así en el mandato (art. 1.723 del Código civil español).⁹

b) Ha de mantenerse el mandatario dentro de los límites del mandato (artículos 1.714 del Código civil español y 1.742 del Código civil italiano), entendiéndose que no les traspasó cuando concluyó el negocio de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste (artículo 1.715 del Código civil español) y no obligando al mandante cuando se extralimitara, salvo que éste ratifique tácita o expresamente (artículos 1.727, § 2.º del Código civil español y 1.752 del Código civil italiano).

c) Responder de la gestión del sustituto —que puede nombrar si no se le ha prohibido—, cuando no se le faculta para nombrarlo o si facultado designa a persona notoriamente incapaz o insolvente. Teniendo en estos casos acción directa el mandante contra el sustituto, nombrado contra la voluntad expresa del mandante (art. 1.721, § 2.º del Código civil español).

d) Rendir cuentas de la gestión entregando al mandante todo lo que hubiere recibido en virtud del mandato, aunque no se le debiera a aquél (artículos 1.020 del Código civil español y 1.747 del Código civil italiano), debiendo abonar intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día que lo hizo y de los que dejó de entregar al terminar el contrato desde que se constituyó en mora (artículos 1.724 del Código civil español y 1.750 del Código civil italiano).

B. Obligaciones del mandante

Ha de satisfacer al mandatario la retribución si se hubiere pactado, anticipándole las cantidades necesarias para concluir el mandato y reembolsarle los gastos o anticipos que él hubiese hecho, más los intereses correspondientes desde la fecha del anticipo (artículos 1.728 del Código civil español y 1.753 y 1.755 del Código civil italiano).

También ha de indemnizarle de los daños y perjuicios que sufra al ejecutar el mandato y responder de las obligaciones que el mandatario haya estipulado (artículos 1.727 y 1.729 del Código civil español y 1.754 del Código civil italiano), pudiendo éste retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante reembolse e indemnice (artículo 1.730 del Código civil español), siendo su responsabilidad solidaria, si conjuntamente hubiesen nombrado un solo mandatario (artículo 1.731 del Código civil español).

Extinción del mandato.—Se opera por:

§ 94.—*Donación*

Brugi, *Ist.*, § 56 (II g); Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 630; Chironi, *Ist.*, II, §§ 350-353; Lacuarrae, *Man.*, IV, §§ 656, 661-667, 708-719; Aubry y Rau, *Cours.*, X, §§ 646, 648-653, 658-660; XI, §§ 698-709; Planiol, *Traité*, III, números 2.501, 2.523 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 365-369 (1).

Aunque a primera vista parezca sencillo fijar el concepto de donación, la precisa determinación de su noción jurídica es difí-

1.º Revocación (artículos 1.757 § 1.º del Código civil italiano y 1.732 número 1.º del Código civil español). Pudiendo reclamar el mandante la devolución del documento en que conste el mandato (artículos 1.758 del Código civil italiano y 1.733 del Código civil español), no surtiendo efectos cuando se otorgó para contratar con determinada persona si no se le hizo saber (art. 1.734 del Código civil español). Tácitamente puede revocarse el nombramiento por otro hecho para el mismo negocio, surtiendo efecto desde que el nuevo nombramiento se comunica al mandatario precedente (artículos 1.735 del Código civil español y 1.760 del Código civil italiano).

2.º Renuncia del mandatario (artículos 1.755, § 1.º del Código civil italiano y 1.732, núm. 2.º, del Código civil español), debiendo continuar su gestión hasta tanto no se tomen las medidas necesarias para cubrir esa falta (art. 1.737 del Código civil español) y debiendo indemnizar al mandante los daños y perjuicios que sufriera, salvo que no pueda desempeñar el mandato sin grave detrimento suyo (artículos 1.736 del Código civil español y 1.761 del Código civil italiano).

3.º Muerte, interdicción, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario. Sin embargo éste ha de continuar los negocios iniciados antes del fallecimiento de aquél si de su suspensión se siguiere algún perjuicio (art. 1.718) y los herederos del mandatario, si muriera, deben ponerlo en conocimiento del mandante y entre tanto proveer a lo que las circunstancias exijan en interés de éste (artículos 1.739 del Código civil español y 1.763 del Código civil italiano). Pero si la extinción del mandato, por muerte u otra causa no se comunicó al mandatario, surtirá aquél efectos respecto de los terceros que hayan contratado con éste de buena fe (artículos 1.739 del Código civil español y 1.762 del Código civil italiano).

(1) Véase Grenier, *Traité des donations, des testaments et de toutes autres dispositions gratuites*, 1849; Troplong *Des donat. entre vifs et des testaments*, 1860; Coin-Delisle, *Donat. et test.*, 1885; Baudry-Lacantinerie y Colin, *Delle donaz. fra vive e dei test.* (Trad. it. con adiciones de Ascoli y de Bonfante); Ascoli, *Tratt. delle donaz.*, Florencia, 1889; Vitali, *Delle Donaz.* (en la colección *Il dir. civ. it.*), Turín, 1914; Piola, *Donazione* (en *Dig. it.*); Preda, *Donaz.* (en *Dir. prat. di dir. priv.*); Cottino, *Le donazioni nel dir. it.*, Turín, 1913.

cil y compleja en extremo. Los criterios que deben adoptarse para tal determinación no se discuten; pero, en cambio, resulta en extremo controvertido el lugar que en el sistema del Derecho civil debe asignarse a la donación (1).

La tendencia de los romanistas modernos es considerar la donación, no como un negocio singular y concreto, no como una figura específica de negocio jurídico, sino como una causa de adquisición, atribuyéndole un carácter que los negocios jurídicos pueden asumir de cuando en cuando. Comoquiera que, mediante la donación, puede verificarse la transmisión de la propiedad o de un derecho real o la constitución de una obligación o la liberación de un vínculo preexistente, el *donar*—se afirma—no es más que una de tantas causas que pueden dar vida a un negocio, creador o extintivo de un vínculo obligatorio, transmisor o constitutivo de un derecho real, como ocurre también con la dote, la cual es causa generadora o modificativa de derechos. Tales apreciaciones, que se remontan a Puchta y Savigny, y que constituyen hoy la doctrina dominante, lleva a colocar la donación en la parte general del sistema, destacándola de los contratos. Pero en contra de este emplazamiento de la donación se ha observado ya (especialmente en orden al Derecho moderno) que no está más justificada tal posición que la que propugnaría el desglosar del derecho de familia la teoría de la dote o del derecho contractual la de la compraventa (2). Ciertamente que la donación, esto es, aquella atribución patrimonial hecha espontáneamente por espíritu de liberalidad y sin compensación, puede verificarse por modos muy varios, transfiriendo la propiedad de la cosa, creando un crédito, liberando de una deuda, etc. Podría, por

(1) Consúltense además de las adiciones ya citadas de Ascoli y Bonfante al Baudry-Lacantinerie II. p. III y páginas LI y siguientes; Perozzi, *Intorno alla donazione* (*Arch. Giur.*, LVIII, páginas 313 y siguientes. 527 y siguientes); Ascoli, *Sul Concetto di donazione* (*ib.*, LVIII 1897, páginas 42 y siguientes); Manenti, *Sul concetto di donazione* (*Riv. dir. civ.*, III, páginas 328 y siguientes).

(2) Windscheid, *Pand.*, II, 2. § 365, núm. 18, Bonfante en Baudry-Lacantinerie, *Donazioni*, II, p. LIV.

tanto, hablarse de donaciones reales, obligatorias, liberatorias, según el medio empleado para producir un enriquecimiento con ánimo de liberalidad, pero no de negocios singulares, caracterizados por una simple *causa donandi*.

Muy distinto es el emplazamiento de la institución que estudiamos en la sistemática del Derecho civil francés. Los autores la estudian al ocuparse de los testamentos, siguiendo el sistema acogido por el Código francés, en el cual el nexo íntimo (puesto ya de relieve por el Derecho canónico), existente entre donaciones y testamentos, fué reforzado con tratar bajo una misma rúbrica de ambos actos, es decir, de los dos únicos modos de disponer gratuitamente de los propios bienes. Así como el testamento es un modo de disponer de los bienes por causa de muerte, así también la donación es un modo gratuito de disponer de los bienes *inter vivos*. Actos los dos de liberalidad, la donación y el testamento, se hallan entre sí ligados íntimamente por el modo particular de concebir el Derecho francés la disposición testamentaria; herederos y sucesión hereditaria sólo se dan en la sucesión legítima; los herederos testamentarios se consideran como legatarios, y éstos como una especie de donatarios por causa de muerte. Es, pues, la donación una atribución patrimonial gratuita mediante un acto entre vivos, así como la operada por testamento lo es mediante un acto por causa de muerte. Por tanto, cuando se hable de donación, hay que sobreentender la donación *inter vivos*, pues una donación *mortis causa* no cumpliría con el doble requisito de privación del donante de la cosa donada y de la irrevocabilidad que el Código exige en la donación.

La doctrina civilística italiana ha reintegrado la donación a su verdadero puesto: la donación es un contrato, y precisamente el típico contrato de liberalidad.

Poco importa que el art. 1.050 del Código civil, al definirla la llame «acto», siguiendo el modelo francés; como es sabido, la palabra «acto» sustituyó en el Código francés a la palabra «contrato», que figuraba en el Proyecto del mismo por una equivocación que sufrió el primer Cónsul, quien creía que el contrato originaba obligaciones en una y en otra parte, mientras que en

La donación sólo había obligaciones en el donante (1). Aquel nexo que el Código francés estimaba existente entre donación y testamento no es apreciado en el nuestro; la separación de ambas instituciones no es, sin embargo, tan absoluta como fuera de desear; aparece regulada en un título (artículos 1.050-1.096), que es intermedio entre sucesiones y contratos.

Ahora bien, el hecho de que en el sistema legal aparezca excluido de la categoría de los contratos, no influye en su estructura; la donación es contrato, porque para operar la atribución patrimonial precisa el acuerdo de donante y donatario; es decir, a la declaración del primero debe corresponder la aceptación del segundo (art. 1.098). Es un contrato a título gratuito porque el donante se propone procurar a la otra parte una ventaja, sin recibir por ello compensación alguna (art. 1.101). Es un contrato unilateral porque solamente el donante se obliga frente al donatario, quien no asume obligación alguna (art. 1.100).

No puede haber donación sino es mediante contrato, pues nuestro Derecho no admite la *donatio mortis causa* del Derecho romano ni otra disposición revocable de los propios bienes que no sea el testamento.

El análisis de estos puntos dará de la donación un concepto más cumplido. Ante todo, se debe reconocer que, no obstante sus defectos, la definición del art. 1.050 es bastante clara: «La donación es un acto de espontánea liberalidad, mediante el cual el donante se despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario, que la acepta». Los caracteres esenciales que derivan de tal definición son: a), una atribución patrimonial que produce un enriquecimiento en el donatario y un consiguiente empobrecimiento en el donante; b), una causa liberal de la atribución, es decir, la intención de beneficiar o *animus*

(1) El error de Napoleón que debido a ignorar la existencia de la categoría de contratos bilaterales y unilaterales contrapuesta a la de actos bilaterales y unilaterales. La donación es un acto bilateral, es decir, un contrato, pero un contrato unilateral porque sólo engendra obligaciones en el donante. Confundía, en cambio, el contrato unilateral con el acto unilateral sin comprender que es también contrato el que impone obligaciones a una sola de las partes.

donandi, a la que debe corresponder en el donatario la intención de recibir la donación como tal; *c*), privación de la cosa en el donante, o sea actualidad de la atribución patrimonial; *d*), el no poder ser revocada de modo arbitrario por el donante.

Con estos dos últimos caracteres contrasta la donación *mortis causa*. Si se hace una donación previendo la premoriencia del donante respecto al donatario, la atribución patrimonial no se produce en el momento en que se dona, sino más tarde, esto es, después de la muerte del donante: en cambio, si el donatario premuere al donante, la donación no tiene efecto, y, además, como la voluntad de donar es ambulatoria, como en el testamento *usque ad vitae supremum exitum*, la disposición es esencialmente revocable. Falta no sólo la actualidad de la adquisición en el donatario, sino también aquella obligatoriedad del vínculo, que es requisito y fundamento de la irrevocabilidad. Sin embargo, con la donación *mortis causa*, que tiene los caracteres de una disposición de última voluntad y no es admitida en nuestro Código, no debe confundirse la donación, en que la muerte del donante en un determinado momento es tomada en especial consideración y elevada a condición del negocio. Como nada impide que la donación se verifique también con condición resolutoria o suspensiva, se daría una atribución actual del derecho al donatario, irrevocable por el donante, si bien el derecho se atribuya condicionalmente y la condición consista en la premoriencia del donante.

El concepto establecido en nuestro Código respecto a la atribución patrimonial al definirle como «privación de una cosa» es demasiado restringido. No solamente—ya se dijo—se dona dando una cosa, transfiriendo la propiedad u otro derecho real (donación real), sino también constituyéndose en deudores o renunciando a un crédito propio contra el donatario (donación obligatoria y liberatoria), o procurando una ventaja en una u otra forma. Lo que precisa es que la ventaja implique un enriquecimiento en el donatario, aumente el patrimonio de éste y a tal aumento corresponda una disminución en el patrimonio del donante. Por esto no puede estimarse donación la constitución de un derecho real de garantía, la fianza, la renuncia a una herencia, el

dejar transcurrir en favor del deudor el tiempo preciso para la prescripción extintiva de un crédito nuestro o en favor del poseedor el tiempo requerido para que verifique la usucapión de un fundo nuestro. Solamente la renuncia a un derecho ya adquirido hecha en favor de otro opera tal disminución y el correspondiente enriquecimiento, que constituyen la esencia de la donación. Por ello se deben excluir de la categoría de la donación todos aquellos actos que, otorgando una ventaja sin compensación, no entrañan una pérdida patrimonial.

Estos son los actos a título gratuito, que tienen de común con la donación el carácter de gratuidad, pero no el de privación de una cosa, el de pérdida patrimonial. La categoría de los actos a título gratuito, en efecto, comprende en sí la donación, que es el negocio gratuito por excelencia, pero no se agota con ella; también en el comodato, en el depósito, en el mandato, en el mutuo sin interés, hay una ventaja que el comodante, el depositario, el mandatario, el mutuante, obtiene de la otra parte; falta en estos actos la verdadera y propia atribución patrimonial o la correspondiente disminución en el patrimonio de quien proporciona la ventaja; falta aquí el desplazamiento de un derecho de uno de los patrimonios y su adquisición definitiva por el otro. En el mutuo, la suma pasa al prestatario, para ser por éste retribuida; en el comodato, el uso concedido no determina la pérdida de ningún derecho del patrimonio del comodante; el uso del comodatario no es independiente de la relación obligatoria, como lo es, en cambio, el goce del donatario.

No es indispensable que al enriquecimiento de una parte corresponda un empobrecimiento en la otra. El donatario puede resultar gravado con una carga, que reduzca en mayor o menor medida la atribución patrimonial; la donación subsiste siempre, y la liberalidad se reduce, en realidad, a la parte que, efectivamente, represente un aumento en el patrimonio del donatario. Todo estriba en que el gravamen no anule completamente la ventaja económica. Si—excepto en este último caso—el contrato de unilateral se transforma en bilateral, es una cuestión muy debatida. Yo creo, sin embargo, que se debe resolver negativamente: la donación es un contrato unilateral por naturaleza, por-

que normalmente sólo genera obligaciones *ex uno latere*, y también es esencialmente gratuito. Así que, del mismo modo que una carga impuesta al donatario no convierte la donación en contrato oneroso—porque la carga no tiene el carácter de compensación, sino únicamente de limitación de la atribución patrimonial (1)—, la obligación eventual derivada del *modus* a cargo del donatario no le priva del carácter unilateral, porque tal obligación no es esencial a la relación, sino meramente accidental (2).

El carácter más saliente, más acusado en la relación, es el espíritu de liberalidad que anima la disposición patrimonial, y que, siendo el fin de ésta, constituye precisamente la causa (en sentido técnico) del contrato.

La intención de beneficiar o *animus donandi* es lo que caracteriza el negocio, imprimiéndole un aspecto especial que le distingue de los demás. No basta la gratuidad en sí y por sí, es decir, no basta una atribución patrimonial sin compensación, sino que precisa que dicha atribución esté vivificada por el ánimo de liberalidad, tal ánimo se da siempre que, sin ser constreñidos, esto es, espontáneamente, conferimos a otros una ventaja patrimonial. Se puede repetir con Papiniano (fr. 82. D. 50. 17): *Donare videtur, quod nullo iure cogente conceditur*, siempre que no se interprete demasiado estrechamente el *concedere*, y, mejor aún, con Juliano (fr. 1, pr. D. 39. 5): *Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec proprie donatio appellatur*. En el acto, al propio tiempo que la espontaneidad, debe concurrir la intención

(1) Véase el art. 1.051: «Es donación... también aquella que impone alguna carga al donatario».

(2) Contra la unilateralidad considerada como carácter esencial de la donación véase Manenti, *op. cit.*, páginas 373 y siguientes. Una aplicación del concepto de bilateralidad al caso de donación *cum onere* es según dicho autor el artículo 1.080 del Código civil que admite la revocación de la donación por incumplimiento de las cargas impuestas al donatario, norma que correspondería a la que se refiere a la condición resolutoria tácita del art. 1.065 en orden a los contratos bilaterales, Manenti, *Del rapporto fra gli articoli 1.079, 1.080 del C. c. e l'art. 1.065 del C. c.* en *Riv. dir. civ.*, III, 1911, páginas 605 y siguientes.

de beneficiar, de modo que el enriquecimiento del donatario sea fin en sí mismo y constituya el objetivo querido directamente. Pero inversamente, como la ley se detiene en el momento último y no toma en consideración los más remotos, poco importa —comprobado que sea el ánimo liberal— la razón íntima que generó tal intención; cuando en la serie de motivos psicológicos más remotos hay alguno que revele un móvil no liberal— como, por ejemplo, la vanidad, el temor de la reprobación pública, la esperanza de obtener una compensación en el futuro o la intención de remunerar servicios prestados—, no por eso tal acto deja de ser donación, porque subsiste el *animus donandi* (1).

Este *animus*, para concluir, no se identifica con la gratuidad; es un momento en el concepto de liberalidad distinto de la gratuidad, que es otro momento del mismo concepto. Puede decirse, para hacer más clara la noción, que así como la gratuidad constituye la liberalidad objetivamente considerada, esto es, significa que hay una adquisición sin compensación, así también el *animus donandi* es el aspecto subjetivo de la misma, que manifiesta que la atribución patrimonial ha sido querida por el donante con ánimo liberal.

Pero comoquiera que la donación es un contrato que reconoce por causa aquel *animus*, es necesario no solamente que haya aceptación por parte del donatario (2), sino también que, coincidiendo con el *animus donandi*, se dé el *animus* correlativo en el donatario. Precisa que éste acepte la atribución patrimonial que le ha sido hecha a título de donación, ya que el disenso en la causa impediría la perfección de la donación (3).

(1) Concuerda con esto lo preceptuado en el art. 1.051 del Código civil que declara ser donaciones las liberalidades hechas por gratitud o en consideración a los méritos del donatario o con un fin remuneratorio.

(2) Ulpiano, fr. 19, § 2, D. 39, 3: *Non potest liberalitas nolenti adquiri.*

(3) Ulpiano, fr. 18 pr. D. 12, 1: *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutua accipias, Julianus scribit donationem non esse.* En otro lugar se afirma que la adquisición se verifica en favor del accipiente siendo indiferente el disenso sobre la *causa traditionis*; Juliano, fr. 63, D. 41, 1: *Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam*

El problema que en todo Derecho positivo se ofrece al legislador en la donación, consiste en hallar la conciliación de dos exigencias opuestas: no poner obstáculo alguno al libre desenvolvimiento del espíritu de liberalidad que, ya sea un sentimiento altruísta, ya un impulso de beneficencia, constituye una de las más nobles manifestaciones del alma humana, y merece ser favorecido; frenar los excesos fáciles, que pueden conducir a empobrecimientos contra los cuales no hay remedio posible, dada la irrevocabilidad de la donación.

La historia de esta institución en el Derecho romano muestra que el pensamiento legislativo en aquel pueblo estuvo dominado principalmente por la idea de los peligros que la donación presenta. Pronto ya la *lex Cincia* (a. 550 d. R.) prohibió las donaciones que excedieren de determinada cuantía (salvo entre determinados parientes) sin declararlas nulas, pero sí impugnables, en tanto no fueren ejecutadas; más tarde fueron prohibidas de un modo absoluto entre cónyuges; por último, caída en desuso la *lex Cincia*, fué impuesta la obligación de reducir la donación a forma escrita, haciéndola pública mediante su registro (*insinuatio*), procurando de este modo que el donante pueda darse cuenta de la trascendencia del acto que realiza.

El legislador italiano ha cuidado también de atenuar el peligro que la donación entraña, sujetándole a una disciplina que tiende a que la atribución patrimonial sea bien meditada antes por el donante y a evitar que por procurar un beneficio al donatario no se cause un daño irreparable al donante. A esto se encaminan las normas relativas a la capacidad de donar y de recibir donaciones y las concernientes a la forma en que la voluntad debe manifestarse para que resulte eficaz. Al mismo principio de la irrevocabilidad se establecen limitaciones, admitiéndose que pueda la donación reducirse y aun revocarse por la superveniencia de determinadas causas.

a) *Capacidad de las partes*.—El criterio seguido por el C6

quasi ereditam accipias constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse quod circa causam dandi et que accipiendi dissenserimus. Son conocidas las discusiones a que ha dado lugar el contraste de ambos pasajes.

digo civil al regular la capacidad del donante y del donatario revela el nexo que aún hoy une a las donaciones y los testamentos; la ley se refiere para aquéllas a las normas dadas para éstos, disponiendo (art. 1.052) que no puede donar quien no puede hacer testamento (art. 763), y no puede recibir por donación (artículo 1.053) quien no puede recibir por testamento. Pero como la donación implica que el donante se prive actualmente de ciertos bienes, son mayores las restricciones impuestas al mismo; no basta, como en el testamento, la edad de diez y ocho años, sino que precisa la de veintiuno, sin que baste tampoco a tal efecto la emancipación; no son capaces para hacer donaciones: el interdicto, el inhabilitado, desde el día en que fué promovido el juicio de inhabilitación (art. 1.052, párr. 1.º), salvo en ambos casos los preceptos especiales referentes al contrato de matrimonio (artículos 1.386, 1.387). Menos rigurosas son las disposiciones relativas al donatario (1). Ahora bien, puesto que la aceptación perfecciona el contrato y obliga al donante (artículo 1.057), será necesario en el caso del donatario que no tenga capacidad para emitir la oportuna declaración la intervención de las personas que tienen potestad sobre él o que lo representan. La donación hecha al menor no emancipado o al interdicto debe ser aceptada por el padre, por el tutor y aun por la madre, viviendo el padre, y por los demás ascendientes viviendo los padres, siempre que preceda autorización del Tribunal; para los concebidos y no nacidos de determinada persona valdrá la aceptación del padre, de la madre, del abuelo o de otro cualquiera de los ascendientes; por el menor emancipado o para el mayor inhabilitado deberá intervenir el curador (art. 1.059); en orden a las donaciones hechas a las personas morales, precisa la previa autorización del Gobierno (art. 1.060). En los demás casos, la aceptación, si el donatario es mayor de edad, debe ser dada por él, o en su nombre por persona provista de poder consignado en

(1) No hay incapacidad en los casos de donación hecha a alguno de los entes eclesiásticos suprimidos por las leyes italianas como las corporaciones religiosas, y sí inexistencia jurídica de una persona: La donación hecha a uno de éstos entes que no tienen ni pueden tener personalidad, no es posible.

documento auténtico y que conceda la facultad de aceptar la donación que le ha sido hecha o la facultad de aceptar donaciones en general (art. 1.058). Una tal facultad general no es válida para donar; el carácter espontáneo que la liberalidad tiene y la ponderación que la ley exige para este acto requieren que quien desee donar mediante mandatario determine en el mandato el objeto de la donación y la persona del donatario (1).

El Código ha ratificado, en orden a las donaciones entre cónyuges, el principio romano: toda donación que los mismos se hagan durante el matrimonio resulta prohibida y nula (artículo 1.054), y el móvil que inspiró esta prohibición es el mismo señalado por los jurisconsultos romanos: *ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus; ne concordia pretio conciliari viderentur* (frs. 1 y 3, pr. D. 24. 1). Tampoco valen hoy las limitaciones con que desde antiguo se templó aquella aspereza, quizá excesiva, de la prohibición; cualquiera liberalidad que no sea hecha por acto de última voluntad y realizada según las formas del testamento, es prohibida (2).

b) *Forma y objeto.*—Objeto de la donación puede ser no solamente una cosa corporal mueble o inmueble, sino también la constitución de un crédito, la liberación de una deuda, la renuncia a un derecho ya adquirido, y, más generalmente, la transmisión de un derecho patrimonial no accesorio. También un conjunto de bienes y hasta un patrimonio íntegro o una cuota parte del mismo puede ser objeto de donación (*donación uni-*

(1) Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 680 y los autores allí citados. No falta el requisito de la determinación de la persona en el mandato para donar en favor de persona que haya de designar el mandatario de entre ciertos individuos o entidades indicados por el mandante; hay aquí una determinación relativa, es decir, una determinabilidad entre varios donatarios alternativamente designados; ello basta para dar validez al acto. Scialoja, *Mandato a donare cui voles* (*Foro it.*, 1887, I, páginas 525 y siguientes; 1888, I, pág. 782).

(2) Pero se debe tratar de donaciones propias y verdaderas: no son nulas porque no son tales los desprendimientos del marido en favor de a mujer (vestidos, joyas) que figuraa entre los gastos que legalmente (artículo 133) está obligado a hacer. Fadda en *Ann. crit. di giur. pr.*, II, página 527 y Ascoli en Baudry-Lacantinerie, *Donaz.*, II, p. XL.

versal). Sin embargo, no es el patrimonio en sí y por sí como *universitas*, con todos sus elementos activos y pasivos, lo que se transmite, precisa una designación detallada de los bienes y derechos en forma que el traspaso se opere como una serie de donaciones que tengan por objeto cada uno de los bienes comprendidos en el patrimonio. La donación de éste no produce jamás el efecto de una sucesión universal, y ello implica que no pueden transmitirse al donatario los elementos pasivos del patrimonio si no se emplean las formas propias de la asunción y no interviene el consentimiento de los acreedores. Por otro lado, la actualidad de la privación y la irrevocabilidad de la atribución patrimonial excluyen que puedan constituir objeto propio de la donación los bienes futuros: la donación que comprende tales bienes es nula con relación a los mismos (art. 1.064).

El requisito de una forma rigurosa y solemne aproxima también la donación al testamento; la forma exigida es la de documento público (art. 1.056), es decir, de documento autorizado por un Notario o por un funcionario público que sea depositario de la fe pública (art. 1.315). Y la sanción de la norma—que se aplica, naturalmente, lo mismo a la declaración del donante que a la aceptación del donatario (a quien nada se opone a que la emita posteriormente, art. 1.057)—, es la nulidad de la donación, nulidad que puede hacerse valer por el donante mismo o por sus acreedores y herederos. Respectivamente a la exigencia de documento público no hay diferencia alguna entre donación mobiliaria e inmobiliaria; sólo la hay en cuanto a la obligación que en la mobiliaria se impone de especificar las cosas muebles donadas, indicando su valor en el documento que acredita la donación o bien en nota separada, firmada por las partes y por el Notario y unida al documento que acredita el contrato (artículo 1.070).

Pero a este requisito del documento público se sustraen no sólo las donaciones indirectas (1), sino también aquellas cuyos

(1) ¿También aquéllas simuladas bajo forma de contrato oneroso? Cuestión vivamente debatida: Ascoli, *Donazione*, pág. 394 y en Baudry-Lacantinerie, *Donaz.*, II, p. XXIV; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 687 y siguientes.

objetos son cosas muebles de valor módico, las cuales se perfeccionan mediante la tradición. Son éstos los llamados *donativos*, comprensivos no solamente de los regalos usuales, sino también de las liberalidades de escasa importancia económica, para los cuales sería absurdo exigir la forma solemne del documento público. No es correcto afirmar, como hacen algunos, que la exigencia del documento público no se dé aquí a consecuencia del principio consignado en el art. 707, en cuanto que, perfeccionándose la donación con la entrega de la cosa, se considere al donatario como titular, por efecto de la posesión obtenida; prescindiendo de otras consideraciones, basta decir que, según esto, se eximirían de la necesidad del documento público todas las donaciones reales mobiliarias. Lo cierto es que la tradición histórica y la costumbre son las únicas causas que justifican y explican tal exención; no es usual ni práctico para regalos ocasionales y donativos de escasa importancia económica recurrir al Notario y otorgar una escritura. Si el Código no establece de un modo expreso la exención, ésta se deduce de los trabajos preparatorios de aquél; descartado el sistema de fijar en una suma determinada (por ejemplo, de 500 liras), el límite máximo, se creyó oportuno confiar a la libre y prudente apreciación del Juez el decidir en cada caso si la liberalidad con relación a un patrimonio determinado era módica o excesiva (1).

c) *Efectos*.—Dada la diversidad de medios con que el donante puede realizar los fines de beneficencia, la donación no produce siempre idénticos efectos. Precisa distinguir si se trata de donación real o simplemente obligatoria o liberatoria. Pero, en todo caso, lo cierto es que de la donación surgen obligacio-

(1) Véase Ascoli, *Donazione* páginas 374 y siguientes y en Baudry, II, p. XXV y siguientes; Bonfante íd. p. LXX; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 685 y siguientes; Cogliolo. *I doni manuali (Scritti di dir. priv.*, II, páginas 349 y siguientes); Stolfi, *Atti di liberalità e doni manuali (Giur. it.*, 1918, IV, páginas 68 y siguientes); Ascoli, *Dono manuale fra fidanzati (Riv. dir. civ.*, 1919, páginas 572 y siguientes); *Foro it.* 1920, I, páginas 38 y siguientes). Para la jurisprudencia relativa a esta materia, véase además Guarneri-Citati *Esame storico-critico della giurisprudenza sui doni manuali (Riv. dir. civ.*, XI, 1919, páginas 17 y siguientes).

nes y que éstas normalmente se imponen al donante. También ocurre esto en la donación real; si se admite el principio general que declara suficiente a transferir la propiedad el nudo consentimiento, las cosas donadas son adquiridas por el donatario apenas interviene dicho consentimiento, sin que precise la tradición y el donante quede sujeto a la obligación de cumplir, es decir, a entregar la cosa, análogamente a lo establecido para la venta.

Este y los demás efectos no se producen, por lo general, sino en el momento en que la donación es perfecta, y es perfecta cuando es aceptada por el donatario (art. 1.057, párr. 1.º). La aceptación puede hacerse en el documento que acredita la donación o en otro posterior, que habrá de notificarse al donante; de esto deriva la consecuencia de que, si se notifica la aceptación después de la muerte del donante, ya no puede haber donación, porque falta la concurrencia de las dos voluntades, que es indispensable en este caso, como en los demás contratos (art. 1.057, párrafo 1.º). Por la misma razón no podrían, muerto el donatario sin haber aceptado, aceptar sus herederos (1).

Los efectos pueden ser modificados por la libre voluntad de las partes mediante adición de determinadas cláusulas o fijación de términos, condiciones o modos. Los límites dentro de los cuales son posibles estas modificaciones se fijaron ya con lo dicho: con tal que el modo no agote la liberalidad, con tal que la condición no pugne con el principio de la irrevocabilidad, con tal que el término no oculte el carácter de *donatio mortis causa*, la voluntad de las partes es libre. Pero se dan también otras limitaciones derivadas de disposiciones extrañas a la donación.

Aplicación del principio general, acogido por el Código para todos los contratos (art. 1.160), es el precepto del art. 1.065, declarando ser nula la donación, sujeta a condiciones imposibles, contrarias a la ley o a las buenas costumbres; para los testamentos (art. 849) rige, en cambio, el principio de que tales

(1) La ley reputa dignas de especial favor las donaciones hechas con ocasión de matrimonio en interés del matrimonio mismo: el art. 1.062 declara no impugnables por falta de aceptación las que se hacen por razón de un matrimonio futuro, ya sea por los esposos entre sí, ya por otras personas en favor de los esposos o de la prole futura.

condiciones se tienen por no puestas (1). También de los principios generales relativos a las condiciones deriva el que la donación hecha por razón de futuro matrimonio queda sin efecto si el matrimonio no se celebra (art. 1.068). A impedir las sustituciones fideicomisarias tiende la prohibición de hacer en las donaciones sustituciones más allá de los límites fijados en materia de testamentos (art. 1.073). Está prohibida y es por ello nula toda donación que tenga por objeto instituir o dotar beneficios simples, capellanías laicales u otras fundaciones semejantes (art. 1.075).

A. *Obligaciones del donante.*

Fundamental es la de realizar todos aquellos actos que, según el medio empleado para la donación, operen el enriquecimiento: por tanto, entregar la cosa donada, ejecutar la prestación obligatoria contraída *donandi causa*, etc.

El donante no está obligado, en cambio, a prestar garantía por la evicción ni por los vicios ocultos (art. 1.077, párr. 1.º). Ello corresponde al carácter gratuito del negocio, porque el donante dona las cosas como las posee. Sin embargo, excepcionalmente le puede ser exigida la responsabilidad por evicción: 1), cuando expresamente prometió la garantía; 2), si la evicción depende del solo o del hecho personal del donante; 3), si se trata de donación que imponga cargas al donatario, en cuyo caso la garantía es debida únicamente hasta concurrencia del importe de dichas cargas; 4), si la donación reconoce por objeto la constitución de dote (artículos 1.077 y 1.396).

B. *Obligaciones eventuales del donatario.*

Si, por regla general, el donatario no resulta obligado por el contrato (2), la donación modal le impone una obligación; está

(1) Esta última regla es aplicada por el Código francés a las donaciones (art. 900) y prueba el paralelismo existente entre donaciones y testamentos.

(2) La gratitud debida al donante no puede decirse constituya una obligación jurídica; es un deber moral que el derecho no puede sujetar a coacción sin desnaturalizarlo. Si la ley tiene en cuenta la ingratitud para revocar la donación cuando tal ingratitud concorra, ello sucede en los casos extremos de delito o de negarse a prestar alimentos; pero hay otros muchos casos de ingratitud que quedaron sin sanción.

obligado a cumplir el *modus*, o sea el gravamen impuesto en favor del donante o de un tercero. Y está obligado—cuando de las circunstancias no derive una diversa voluntad de las partes—personalmente y con todos sus bienes, es decir, incluso por mayor cantidad que la que represente la donación. Lo cual significa que el donatario no puede eludir el cumplimiento mediante abandono de los bienes que le fueron donados o mediante desistimiento unilateral.

Revocación, reducción, reversibilidad.—Carácter esencial de la donación es la irrevocabilidad. Esto expresa el antiguo proverbio *donner et retenir ne vaut*, principio éste que no puede ser violado ni siquiera indirectamente con adición de cláusulas condiciones que estén en contradicción con el mismo. De otro modo, la donación sería nula. Lo mismo puede decirse de la donación sujeta a condición, cuyo cumplimiento depende del donante, donación ésta que debe estimarse revocable a su arbitrio (del donante) (art. 1.066); lo mismo de la contraída con el pacto, según el cual el donatario debe satisfacer otras deudas y gravámenes, a más de las existentes al tiempo de celebrarse la donación o a más de los expresamente designados al efectuarse aquélla, ya que, al poder contraer el donante nuevas obligaciones, puede, en realidad, privar al donatario de aquello que le hubiere donado (art. 1.067).

Pero una reserva especial de derechos sobre los bienes donados no está prohibida en tanto resulte tal reserva compatible con una atribución patrimonial irrevocable. El donante puede muy bien, por ejemplo, reservar en provecho propio o de otras personas posteriormente (no sucesivamente por la prohibición de las sustituciones fideicomisarias) el uso o el usufructo de los bienes donados (artículos 1.074, 1.076). Puede también reservarse la facultad de disponer de un objeto cualquiera comprendido en la donación o de una suma de dinero de lo donado; cierto que semejante cláusula no anula toda la liberalidad; implica, sí, que ésta se reduzca, efectivamente, a los bienes restantes al remanente. De este modo, el objeto o la suma reservada pertenecen a la persona en favor de la que el donante dispuso y si muere sin

haber dispuesto en favor de los herederos del donante (artículo 1.069). Puede también estipularse por el donante y el donatario el *pacto de reversión* de los bienes donados en caso de premoriencia del donatario o de éste y sus descendientes; verificándose la condición prevista (que sólo puede ser deducida en beneficio del donante), los bienes vuelven a éste libres, exentos de todo gravamen, porque el derecho de reversión resuelve todas las enajenaciones efectuadas por el donatario (artículos 1.071, 1.072). Pero ni siquiera aquí hay nada que contraste con la irrevocabilidad o que constituya excepción, pues la reversibilidad no es un caso de revocación que dependa del mero arbitrio del donante (1).

Excepciones al principio de la irrevocabilidad se dan, en cambio, en los casos expresamente previstos en la ley. Y éstos son tres: incumplimiento de las cargas por el donatario en la donación modal o *cum onere*, ingratitud y superveniencia de hijos (artículos 1.078, 1.080).

Un cuarto caso que el Código acoge bajo el concepto de revocación—el cumplimiento de la condición resolutoria a que se sujeta la ineficacia de la donación (artículos 1.078, 1.079)—, en realidad no constituye revocación, porque lo que se produce en este caso es una resolución, como ocurre en cualquier negocio sujeto a condición resolutoria, y una resolución *ipso iure*, con efecto retroactivo y eficaz frente a terceros; la revocación se opera únicamente a instancia del interesado, y no perjudica los derechos adquiridos por los terceros.

α) *Por incumplimiento de cargas* impuestas al donatario puede el donante (si no prefiere accionar ejecutivamente) deducir demanda de revocación; el efecto será el de readquirir los bienes sin perjuicio de los terceros que hayan adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad a la transcripción de la demanda (art. 1.080).

β) No ha lugar a la revocación por *ingratitud* con motivo de

(1) Sobre la reversibilidad véase Apicella, *La riversibilità degli effetti donati*, Milán, 1900; Granito, *Riversibilità delle donazioni a norma degli*, artículos 1.771, 1.772 del Código civil, Roma, 1907.

un acto cualquiera que revele falta de agradecimiento en el donatario; se requieren hechos concretos, gravísimos, limitativamente determinados por la ley; que el donatario haya atentado contra la vida del donante o que se haya hecho culpable de otro delito cualquiera respecto a él, como sevicia, injurias graves, o que le niegue indebidamente alimentos (art. 1.081). La demanda por revocación sólo puede deducirse dentro de un breve término: un año, a contar desde el día en que el hecho se consumó, o desde aquel en que el donante tuvo noticia del hecho (art. 1.082); es de carácter estrictamente personal, activa o pasivamente, sin que pueda deducirse por el donante contra los herederos del donatario, ni por los herederos del donante contra el donatario, a no ser que en este último caso el donante hubiere promovido la acción o hubiere fallecido dentro del año siguiente a la consumación del hecho, revelador de ingratitud (art. 1.082, párr. 1.º). No están sujetas a tal revocación las donaciones remuneratorias, como las que se hagan en consideración a determinado matrimonio (art. 1.087). La revocación por ingratitud no perjudica tampoco a los terceros que hubieren adquirido derechos en los inmuebles anteriormente a la transcripción de la demanda (artículo 1.088).

γ) La revocación por *superveniencia de hijos* se basa en el supuesto de que el donante no hubiera dispuesto en favor de extraños si al tiempo de la donación hubiese tenido descendientes. Es, pues, otorgada tal revocación al donante que, al tiempo de hacer la donación, no tenía hijos o descendientes legítimos vivos, cuando le sobrevenga un hijo legítimo, aunque sea póstumo, con tal que nazca vivo y viable, o un hijo natural que legitime por subsiguiente matrimonio (art. 1.083) (1).

No se aplica aquí el principio romano *conceptus pro nato ha-*

(1) Corvinelli, *La revocazione della donazione per sopravvenienza di figli legittimi* (Riv. dir. civ., VI, números 729 y siguientes); Talassano, *Sulla revoca delle don. per sopravv. etc.* (Filang. 1911, páginas 678 y siguientes), y para el caso especial de que la donación sea hecha a un hijo natural y luego sobrevenga al donante un hijo legítimo; Guacci, *Un'interessante controversia sull.* art. 1.083 del Código civil (Riv. dir. civ., II, 1911, páginas 85 y siguientes. Contra éste Ascoli, ib. pág. 121.

betur, y no impide el ejercicio de la acción de revocación el hecho de que el hijo hubiese sido concebido al tiempo de efectuarse la donación (art. 1.085); si se aplicase, pugnaría con la limitación que le es inherente, ya que no se obraría en provecho del hijo. La ley quiere a toda costa el provecho del hijo, tanto, que prohíbe cualquiera cláusula o convención con que el donante renuncie al derecho de revocar la donación por superveniencia de hijos (art. 1.084). Pero tampoco esta especie de revocación opera *ipso iure*; precisa que sea demandada, y puede demandarla el donante, sus hijos (o representantes); pero no puede demandarse, en cambio, después de la muerte de los hijos y de sus descendientes, y prescribe por el transcurso de cinco años, a contar desde el nacimiento del último (art. 1.090). Como las precedentes, esta revocación no perjudica a los derechos adquiridos por los terceros sobre los inmuebles con anterioridad a la transcripción de la demanda (art. 1.088); y como para el caso de ingratitud, también en el de superveniencia de hijos quedan exentas de revocación las donaciones remuneratorias y las hechas en consideración a determinado matrimonio (art. 1.087).

Otra limitación a la libre facultad de disponer de los propios bienes por donación representan las normas que *reducen* las liberaciones, siempre que éstas excedan de la medida en que, según las normas legales sucesorias, se puede disponer por testamento. Cuando se tengan legitimarios, y la donación, al tiempo de morir el donante, exceda de la porción de que éste puede disponer libremente, pueden los citados legitimarios pedir su reducción, cualquiera que sea el carácter de la donación y a pesar de la renuncia hecha por aquéllos (artículos 1.091, 1.092). Si se hacen varias donaciones sucesivas, es evidente que, para que quede a salvo la intangibilidad de la legítima, se debe operar la reducción, siguiendo el orden inverso al que se siguió para hacer las donaciones, esto es, comenzar por la última, continuando por las precedentes (art. 1.093).

La acción de reducción determina la vuelta de los inmuebles donados, libres de cargas (art. 1.095) a la masa; dicha acción puede ejercitarse también contra los terceros, detentadores de los

inmuebles, siempre previa excusión en los bienes del donatario (artículo 1.096) (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—Regula nuestro Código civil la donación entre los modos de adquirir la propiedad, en el libro III, título II, tratando seguidamente de las sucesiones como su modelo el Código francés. A pesar de ello y de llamarla acto (artículos 618 y 1.056 del Código civil italiano), error en que inciden por igual causa, ambos Códigos, no pueden, ni uno ni otro, desconocer la naturaleza contractual de las donaciones que han de producir sus efectos intervivos—las *mortis causa* se rigen por las normas de sucesión—ya que en ambos es requisito esencial la aceptación para que produzcan efectos (artículos 1.098 del Código civil italiano y 618 y 629 del Código civil español) y su régimen supletorio es, según el Código civil español (art. 621) el de los contratos y obligaciones en cuanto no se oponga a lo determinado en el título que a su regulación dedica

Definida en art. 618 (Código civil español) como el «acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra que la acepta», se observa de la comparación de este artículo con su concordante del Código italiano (1.050) el mayor acierto de éste al definirla, por significar con mayor justeza de expresión las características de la donación: despojo actual e irrevocabilidad.

La definición del Código español hay que completarla con el art. 619 (1.051 del Código civil italiano), que dice es también donación «la que se hace a una persona por sus méritos, o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior a lo donado».

Este artículo determina una base de clasificación de donaciones en remuneratorias y onerosas, así como de los 620 y 621 deriva la de *intervivos* y *mortis causa*.

Capacidad para donar y aceptar donaciones.—Así como el Código italiano (artículos 1.052 y 1.053) remite a los testamentos en cuanto a capacidad para hacer y recibir donaciones, el nuestro, más conforme a la doctrina moderna, se refiere a lo dispuesto sobre contratos (art. 624), en cuanto a capacidad para donar, exigiendo también la libre disposición de los bienes. Para aceptar donaciones tienen capacidad todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello, estándolo: los que no pueden contratar sin intervención de sus legítimos representantes, respecto a donaciones onerosas (art. 626 del Código civil español) y los enumerados en el art. 745, así como las personas inhábiles (véanse artículos 1.334, 1.335 y regla 2.^a del art. 50 del Código civil español). Todas las donaciones hechas a estas personas son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato por persona interpuesta (artículos 628 del Código civil español y 1.058 del Código civil italiano).

Objeto de la donación.—Tan vario como pueden ser las liberalidades es posible que alcance a la totalidad de los bienes presentes de que el que la hace, con tal de que el donante se reserve lo suficiente, en usufructo o propiedad «para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 del Código civil español)». No establece tal limitación el Código italiano (art. 1.064), en las donaciones de la totalidad de un patrimonio. Y ambos (artículos 1.064 del Código civil italiano y 635 del Código civil español) prohíben las donaciones de bienes futuros.

Forma de las donaciones.—Exige el Código civil italiano, como regla general la escritura pública, salvo en donaciones de muebles de poco valor (artículos 1.056-1.057 y 1.070). En nuestro Código (artículos 632 y 633) puede hacerse la donación si es de muebles verbalmente, seguida de la tradición o por escrito, constando también así la aceptación; si es de inmuebles ha de hacerse por escritura pública, individualizando los bienes donados y el valor de las cargas (se refiere a las reales, según Resolución de la Dirección general de los Registros de 3 de Diciembre de 1892) que ha de satisfacer el donatario constando también en la escritura misma, o en otra, la aceptación, no surtiendo efecto la donación si no se acepta en vida del donante o no se notifica auténticamente, anotándose en ambas escrituras esta diligencia.

Efectos de la donación.—Nacen de la perfección del contrato, la que tiene lugar desde que el donante conoce la aceptación (artículos 623 del Código civil español y 1.057, § 1.º del Código civil italiano). De este artículo difiere el 629 del Código civil español, que dice que la donación no obliga ni produce efecto sino desde la aceptación, pero los tratadistas en este conflicto se inclinan por el art. 623, que con mayor especialidad fija el momento de perfección del contrato y está más acorde con la doctrina general de la contratación.

Todos los efectos se refieren a la transmisión, al patrimonio del donatario de la cosa donada.

Afecta al donante en cuanto tiene que verificar la entrega de la cosa, respondiendo de los vicios ocultos cuando la donación fuese onerosa (artículo 638 del Código civil español, responsabilidad que en ningún caso se da en el derecho italiano (art. 1.077 del Código civil italiano).

El donatario sólo tiene que cumplir las condiciones cargas que le hayan sido impuestas pudiendo ser revocada la donación, si no las cumple (art. 647 del Código civil español). Siendo varios los donatarios a quienes conjuntamente se dona, se entenderá hecha la donación por partes iguales, y sin derecho a acrecer, salvo que el donante disponga otra cosa o fuera hecha a marido y mujer, en cuyo caso habrá derecho a acrecer, si no dispusiese lo contrario el donante (art. 637 del Código civil español).

Limitaciones.—Además de las derivadas de los preceptos citados al tratar del objeto de las donaciones, hay otras de carácter general como la del art. 636, que prohíbe dar o recibir por donación más de lo que se puede dar o recibir por testamento.

De origen convencional son las relativas a la reserva de la facultad de disponer de algunos bienes o de una cantidad a cargo de ellos, el donante (artículos 639 del Código civil español y 1.069 del Código civil italiano). Las derivadas de las sustituciones testamentarias, en casos de donación de la propiedad a una persona y el usufructo a otra o de establecer la reversión de los bienes al donante o en favor de otras personas (artículos 640 y 641 del Código civil español y 1.074, 1.071 y 1.072 del Código civil italiano) y los que tienen como fundamento la obligación de satisfacer las deudas del donante, las cuales son solamente las anteriores al momento de la donación, tanto si ésta se hizo en fraude de acreedores como si se pactó válidamente la obligación sin expresar las deudas que el donatario había de satisfacer (artículos 643—1.067 del Código civil italiano—y 642 del Código civil español).

Causas por las que se opera el término de la donación.—La donación —aun sin existir en nuestro Código un concordante expreso del artículo 1.066 del Código civil italiano que declara nulas las donaciones revocables al arbitrio del donante— es irrevocable por su naturaleza, como to-

dos los contratos cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del Código civil español). Sin embargo, por reversión de la que nos hemos ocupado al hablar de las limitaciones, por reducción y por revocación, en los casos excepcionales que fije la ley, pueden dejar de surtir efectos las donaciones.

a) *Reducción*.—Derivada del principio sentado en el art. 336 del Código civil español «nadie puede dar ni recibir por donación más de lo que puede dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en lo que exceda de esta medida»; está regida la reducción de donaciones por las siguientes reglas: Que no puede pedirse la reducción hasta después de la muerte del donante, siendo irrenunciable la acción para pedirla en vida de éste, y teniendo derecho a ejercitarla los legitimarios, los que tengan derecho a una parte alcuota de la herencia y sus herederos y causahabientes. Siendo varias las donaciones se comenzarán a reducir por las más modernas, y el donatario, que hace suyos los frutos, sólo estará obligado a devolver los percibidos desde la interposición de la demanda (artículos 654 a 656 y 651 del Código civil español y 1.091 a 1.093 del Código civil italiano).

b) *Revocación*.—Tres son las causas que pueden originarla:

1.^a Incumplimiento de cargas (artículos 647 del Código civil español y 1.080 del Código civil italiano), en el que los bienes donados vuelven al donante con los frutos percibidos después de dejar de cumplir las condiciones, anulándose las enajenaciones y cargas impuestas por el donatario, salvo lo dispuesto en la ley Hipotecaria respecto a terceros

2.^a Ingratitud originada por hechos concretos, enumerados en los artículos 548 del Código civil español y 1.081 del Código civil italiano (los que se diferencian en incluir aquél, el imputar al donante la comisión de un delito de los que dan lugar a procedimientos de oficio). La acción para pedir la revocación por esta causa prescribe al año (artículos 652 del Código civil español y 1.082 del Código civil italiano), es personalísima del donante frente al donatario (artículos 653 del Código civil español y 1.082, § 1.º del Código civil italiano) e irrenunciable (art. 652 del Código civil español). Si hay lugar a la revocación por esta causa ha de devolver el donatario los bienes o su valor (art. 650 del Código civil español) y los frutos desde la interposición de la demanda (art. 651 del Código civil español), siendo válidas las enajenaciones y los gravámenes impuestos antes de la interposición de la demanda (artículos 649 del Código civil español y 1.088 del Código civil italiano) y los posteriores nulos (art. 649 del Código civil español).

3.^a Superveniencia o supervivencia de hijos. El Código civil español regula conjuntamente esta doble causa de revocación mientras que el italiano sólo trata el caso de superveniencia (artículos 644 del Código civil español y 1.083 del Código civil italiano), diferenciándose también en que así como el nacimiento de hijos legítimos o legitimados es causa en ambos de revocación, el Código civil italiano no incluye el nacimiento de hijo natural reconocido que el Código civil español admite. La acción originada de esta causa es irrenunciable (artículos 1.084 del Código civil italiano y 646 del Código civil español), transmisible (art. 644 del Código civil español) y prescribe a los cinco años del hecho que determina su nacimiento (artículos 1.090 del Código civil italiano y 646 del Código civil español). Los efectos de la revocación son idénticos, en cuanto a la devolución de bienes y sus frutos, a los de revocación por ingratitud salvo la facultad que al donante se confiere, de liberar los bienes de la hipoteca que al donatario impuso, a cargo de éste (art. 645 § 2.º del Código civil español).

§ 95.—*Rentas perpetuas y contrato vitalicio*

Brugi, *Ist.*, § 65 (1 h); Pacifici, *Ist.*, V, pág. 530; Chironi, *Ist.*, II, §§ 330 y 365; Zachariae, *Man.*, II, §§ 368-370, 377-379; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 387-390, 357, 358; Planiol, *Traité.*, números 2.089, 2.114 y siguientes.

Un contrato puede tener por objeto imponer a una de las partes la obligación de ejecutar con compensación o sin ella una prestación en favor de la otra, consistente en dinero o en especie, pudiendo durar tal obligación un tiempo determinado o perpetuamente. La prestación anual se llama renta, y el contrato generador de constitución de renta. El Código (art. 1.779) ofrece dos especies, según que la renta sea perpetua o dure lo que dure la vida de una o varias personas.

Pero el origen, el fin, la estructura de ambos negocios, y hasta su importancia actual son tan diversas que difícilmente pueden reducirse a una unidad conceptual.

I. *Constitución de renta perpetua* (1).—La frecuencia y difusión de este contrato en los tiempos medievales se ha trocado en los actuales en limitación y rareza; representa un cuerpo sin vida, una rama muerta del gran árbol de los contratos.

Su origen histórico corresponde a un tiempo en que la rigurosa prohibición del interés en los mutuos obligaba a buscar por vía indirecta un modo fructífero de emplear los capitales; su florecimiento se hizo posible solamente en un ambiente en que el excesivo gravamen de los fundos, con infinitas cargas reales, que perduraban contra los terceros adquirentes, no parecía defecto ni perjuicio. Se comprende que, vencido el prejuicio del Derecho canónico contra la usura y estimándose conveniente a

(1) Para el Derecho antiguo y moderno: Pothier *Traité du contrat de bail a rente, Traité du contrat de constitution de rente, Traité des cens*; Foelix y Heuriou, *Traité des rentes foncieres*, 1829; Janigro, *Espos giur. ec. e Stor. dei censi consignativi e riservativi*, Nápoles, 1876; Beneduce, *Il censo riservativo e i demani comunali*. Monte Varchi, 1908; Mauro, *Il contratto di censo bollare o consignativo*, Nápoles, 1911.

la economía el liberar la propiedad fundiaria de sus cargas, cayese en desuso, o mejor dicho, se transformase la vieja institución.

Dos formas principales ofrecía: el censo reservativo y el consignativo. *Censo reservativo* o *renta fundiaria* era la prestación anual y perpetua que el propietario del fundo se reservaba al enajenar éste; a la concesión del fundo en plena propiedad se unía la obligación asumida por el concesionario de pagar en lugar del precio una prestación anual y perpetua en dinero o en especie (censo o renta), sin posibilidad de redención, la prestación gravaba como carga real el fundo, persiguiéndolo incluso frente a los terceros poseedores, y representaba los intereses del precio no pagado. *Censo consignativo* o *renta constitutiva* (llamado también *censo bular* por la bula de 1568 de Pío V, que definitivamente reguló esta materia), era la prestación también anual y perpetua que el propietario del fundo se obligaba a abonar al recibir un capital u otro valor, asegurando el pago del mismo con el fundo propio, que de este modo resultaba gravado con una carga real o perpetua. La prestación constituida por una cuota parte de los frutos del predio sobre el que se constituye; representaba los intereses del capital, que no podía ya ser reclamado; pero la ilicitud de la operación, que tendía esencialmente (como el mutuo con interés) al empleo fructífero de capitales, fué desestimada, por considerarse como compra de renta.

De estos dos tipos, que sufrieron modificaciones varias en Francia y en Italia, derivan las dos formas de constitución de renta reguladas por el Código (artículos 1.778-1.788). Al censo reservativo corresponde la *renta fundiaria*, la cual se establece en favor del transmitente de un fundo como precio de la enajenación o como condición de la cesión del fundo; esta cesión transfiere el pleno dominio del inmueble, no obstante cualquiera cláusula en contrario, y puede hacerse dicha transmisión a título oneroso y a título gratuito; si se hace a título oneroso, se sujeta a las reglas propias de la renta, y si es hecha a título gratuito, se rige por las normas propias de la donación (artículos 1.780-1.781). Al censo consignativo o bular corresponde la

renta *simple* o *censo*, que se establece en favor de aquel que otorga un capital sin posibilidad de reclamarlo; esta renta debe ser asegurada con hipoteca especial, constituida sobre un fondo determinado para que el capital no sea reclamable (art. 1.782).

Pero el Derecho moderno ha impreso a estas relaciones nuevas características, constituyendo figuras jurídicas que difieren mucho de las antiguas. La más importante es la consistente en la general e incondicionada posibilidad de redención de la renta. Persiguiendo un fin que pareció y es socialmente más útil que la perpetua sujeción de las personas o de los fundos al débito, el legislador italiano quiso—en orden a toda la serie de cargas afines al censo, como el canon enfitéutico, los diezmos, y, en general, todas las prestaciones perpetuas—, que el deudor pudiese en todo momento redimir la causa, no obstante cualquiera pacto en contrario (art. 1.783). Estableció que, respecto a la renta simple, la redención se opera mediante el reembolso del capital en dinero que fué pagado para la constitución de la renta; la redención de una renta fundiaria se efectuará mediante el pago de un capital fijado sobre la base de la renta anual capitalizada al tipo legal del interés (1), y si la renta fuera en especie, se capitaliza el precio medio de la misma en los últimos diez años, a no ser que en el acto de la constitución de la renta se hubiere fijado como tipo de redención un capital inferior (art. 1.784), y dejando a salvo siempre las condiciones más favorables estipuladas en los antiguos actos constitutivos de esta clase de rentas (disposición transitoria, art. 30). El pacto contrario a la redención puede ser eficaz sólo en cuanto limite la facultad de redimir, privando de ella al deudor por un cierto tiempo; solamente se podrá estipular, pues, que la redención no se lleve a cabo durante la vida del cedente o antes de treinta años respecto a las rentas fundiarias, o de diez, relativamente, a las simples, reduciendo a estos términos máximos los que fueren mayores (art. 1.783).

Del mismo modo que se concede al deudor la facultad de

(1) Continúa siendo válido el 5 por 100 relativamente a las rentas constituidas anteriormente a la ley de 22 de Junio de 1905, que redujo al 4 por 100 la tasa civil (Cfr. art. 2.º).

redimir, tampoco se niega al cedente la repetibilidad del capital; éste solamente será real y efectivamente irrepetible cuando asegurado con hipoteca especial sobre un fundo determinado (art. 1.782). Además, en orden a las rentas simples y a las fundiarias, puede atribuirse al acreedor el derecho a forzar al deudor a la redención; y esto porque tal facultad se reserve en pacto especial del acto constitutivo o porque la ley se lo otorgue para protección de sus créditos comprometidos por el deudor. Esto ocurre: *a*), si el deudor, después de la interpelación debidamente hecha por el acreedor, no paga la renta durante dos años consecutivos; *b*), si omitió prestar las garantías ofrecidas; *c*), o si las que faltaren de las prestadas no fuesen sustituidas por otras; *d*), si el predio, por efecto de enajenación o división, es distribuido entre más de tres personas; *e*), si el deudor cae en estado de quiebra o de insolvencia (artículos 1.785 y 1.786).

El otro aspecto que constituye la verdadera innovación llevada a efecto por el Derecho moderno es el de la naturaleza jurídica del derecho a la prestación anual; de carga real que gravaba el fundo y seguía a éste, incluso cuando pasaba a poder de un tercer poseedor, se ha transformado en un derecho personal de crédito, carente de toda eficacia real. Esta transformación resulta evidente en orden a la renta simple, la cual, aun cuando esté garantizada con hipoteca, continúa siendo un derecho de crédito que no guarda relación real con el predio ni se transmite con éste, aunque el predio continúe respondiendo hipotecariamente. Pero esto no resulta tan llano y tan sencillamente en orden a la renta fundiaria. La doctrina se muestra casi toda ella concorde en estimar que también en este caso se trata de un puro derecho personal de crédito (1). Yo creo que, sin definir-

(1) Lo deduce de la redimibilidad de la renta, del carácter mobiliario que el art. 418 le atribuye (porque si el derecho fuese real no podría dejar de ser inmobiliario siendo el objeto un predio y no una cosa mueble), de la prohibición del art. 1.781 de transmitir en la cesión del inmueble algo menos que el pleno dominio (Ferrini, *Obblig.*, pág. 338; Mirabelli, *Contratti speciali*, pág. 110); pero la redimibilidad de una deuda no es incompatible con la realidad del derecho. Constituye ejemplo de tal compatibilidad el canon enfiteutico redimible de carácter esencialmente real.

lo, un derecho real que tenga por contenido una obligación de hacer, se debe reconocer en él una obligación *propter rem*, uno de aquellos créditos integrados por elementos reales que se nos ofrecen también en otras instituciones de nuestro Derecho.

El elemento real está aquí algo atenuado; a diferencia de las otras especies de *obligationes propter rem*, en las que el tercer poseedor, por efecto de su relación con la cosa, es responsable del gravamen que pesa sobre ésta, en la renta se exige que el tercero asuma espontáneamente el débito para que esté obligado a pagarlo. El Código declara, en efecto (art. 1.786), que, enaje-

Mueble es también, según el art. 418, la acción hipotecaria cuyo objeto es un inmueble y que procede de un derecho (la hipoteca) ciertamente inmobiliario. Verdad que la acción es característicamente mobiliaria en cuanto debe ser considerada como accesorio de un crédito, el cual, teniendo, como tiene, por objeto sumas de dinero o cosas muebles, es por sí mobiliaria; pero como para caracterizar la acción que deriva del derecho de hipoteca la ley toma en cuenta la naturaleza del crédito, hay que pensar que para caracterizar la renta fundiaria se ha fijado exclusivamente en el crédito sin parar mientes en el predio sobre que está constituida. No vale el argumento extraído del art. 1.781, ya que la obligación de transmitir el dominio pleno refiérese más bien a la prohibición de dividir el dominio en útil y directo y no excluye el que pueda corresponder al concedente un derecho de carácter real. Más valor podría tener la observación según la cual, en nuestra ley no se sentía la necesidad de carácter real del derecho, porque nuestra ley garantiza ya al concedente con la hipoteca legal otorgada al transmitente, hipoteca que asegura el cumplimiento de las cargas derivadas del acto de la enajenación (artículo 1.969, n. 1). Sin embargo, hay que reconocer con los comentaristas de Windscheid (*Pand.*, I, páginas 587 y siguientes) que la ley alude con bastante claridad a este carácter real cuando habla de «predio gravado con la renta» (art. 1.786, párr. 1.º) o del «fundo sobre el que está constituida la renta» (art. 1.785, n. 4). Con ello se establece una clara diferencia entre renta simple y fundiaria; ésta hasta con el nombre acusa su carácter real; y la diferencia se acentúa con la obligación que en la primera de dichas rentas se impone, consistente en garantizarla con hipoteca especial, pues el no mencionar esta obligación en la renta fundiaria puede derivar más bien de haber tenido en cuenta el carácter real del derecho más que de haber sobreentendido que la renta se hallaba garantizada con hipoteca legal. Para más extensas consideraciones, véase Fadda y Bensa, *op. cit.*, *loc. cit.*, y en sentido opuesto Ferrini, *op. cit.*, *loc. cit.*

nado el predio gravado con la renta, el acreedor a quien correspondería por insolvencia del concesionario la facultad de demandar la redención, no puede exigirla si el poseedor se presta a pagar la renta; por consiguiente, si falta la asunción espontánea, el tercero sólo estará obligado hipotecariamente por efecto de la hipoteca legal correspondiente al concedente. Pero la atenuación—que constituye una verdadera excepción de favor para el tercer adquirente—no es constante y general; cesa para el usufructuario, que está obligado a pagar la anualidad de la renta fundiaria (art. 508), y cesa también para el legatario (art. 878); pero ni uno ni otro están obligados en orden a la renta simple. Es más, el carácter real se reafirma en el nexo con que en los demás aspectos aparecen unidos el débito y el fundo; no es posible al deudor separar éste de aquél sin violar el derecho del acreedor; por ello, como no es concebible que un tercero asuma el débito sin adquirir al propio tiempo la posesión del fundo, así tampoco una enajenación del fundo gravado no puede dejar subsistente en el deudor el débito independiente del predio; porque si es cierto que el deudor no está facultado para abandonar el fundo con el fin de liberarse del débito, también es cierto que el contrato le obliga al enajenar el predio a imponer al adquirente la asunción de la obligación de satisfacer las anualidades (1).

II. *Contrato vitalicio*.—Si bien en menor medida que el anterior, este contrato ha perdido hoy gran parte de su importancia; satisface más adecuadamente las mismas necesidades, a que este contrato tiende, el contrato de seguros sobre la vida (Código de Comercio, artículos 449-453), que constituye una especie de los contratos de seguros, a los que se dedican muchas y poderosas Compañías, cuya disciplina compete al derecho comercial. La renta vitalicia, tal como resulta regulada en el Código civil (artículos 1.789-1.801), es algo que difiere del contrato de segu-

(1) Gabba en *Nuove questioni di dir. civ.*, II, páginas 28 y siguientes, y en *Foro it.*, 1901, páginas 482 y siguientes, y en *Giur. it.*, 1901, páginas 252 y siguientes.

ro sobre la vida, y que puede incluso carecer de naturaleza contractual cuando se origine en un testamento. La renta vitalicia (fuera de este caso) es un contrato por el que una persona se obliga a abonar a otra anualmente una suma de dinero o de otros bienes fungibles durante la vida toda de ésta o durante la vida de un tercero que no tiene derecho alguno a la renta o durante la vida de varias personas (artículos 1.792, 1.793).

La causa por la que tal obligación es asumida puede ser una contraprestación que el deudor recibe o bien el ánimo liberal. El contrato vitalicio podrá ser oneroso o gratuito; oneroso, si la promesa de la prestación anual es hecha a cambio de un capital, de un inmueble, de una cosa mueble transmitidos al promitente, que en compensación debe abonar la renta; gratuito, si el promitente se constituye en deudor sin necesidad de compensación alguna para hacer una donación (art. 1.790). Si es a título oneroso y la compensación que el deudor recibe es una cosa mueble o inmueble, la relación vendrá regulada por las normas propias de la compraventa, por estimarse que la renta funciona como precio de la cosa. Si es a título gratuito, se sujeta a las normas propias de la donación, especialmente en lo que afecta a la forma (art. 1.791), pudiendo pactarse la insecuestrabilidad de la renta (art. 1.800). Puede, finalmente, ocurrir que la compensación la reciba el deudor de la renta, pero no del acreedor mismo, sino de un tercero; la relación (en la que el acreedor de la renta será el beneficiario de un contrato a favor de tercero) se ofrecerá en un aspecto con carácter gratuito (entre el acreedor de la renta, que la adquiere sin compensación, y quien la constituye en favor de éste), y en otro con carácter oneroso (o sea entre el deudor y quien proporciona la suma de dinero o la cosa mueble o inmueble). La ley, aunque el contrato, en este caso, es una liberalidad en favor del beneficiario, no exige las formalidades prescritas en orden a la donación; sin embargo, le aplica las normas de la reducción (art. 1.794).

La particularidad del negocio es su carácter aleatorio (artículo 1.102), porque la duración de la obligación es igual a la de la vida de una o varias personas; depende, por tanto, de un

hecho incierto la intensidad de la carga del deudor o su ganancia (1).

De esto se deduce que aun cuando concurrieran todos los elementos requeridos para la aplicabilidad de la rescisión por lesión enorme (y esto en el caso de que la renta se constituya a cambio de la cesión de un inmueble), ésta viene excluida por el carácter aleatorio de este contrato. Pero no todos los contratos vitalicios ofrecen este carácter aleatorio; no lo ofrecen, por ejemplo, las rentas constituídas a título de donación.

La vida de la persona que se toma en consideración para fijar la duración de la renta anual, es, como se ve, el elemento eje del negocio; se comprende por esto porque es nulo y sin efecto un contrato que constituya la renta por la vida de una persona muerta ya (art. 1.795). Por el contrario, poco importa que la muerte acaezca inmediatamente después de la constitución, aunque proceda de una enfermedad preexistente a la misma; el Código italiano, a diferencia del francés (art. 1.975), ha estimado oportuno prescindir de todo nexo causal entre la muerte y el morbo preexistente, con objeto de evitar las controversias y litigios que originaba la distinta norma del Código francés.

Del contrato derivan obligaciones, principalmente para el promitente de la renta anual. La fundamental es la de pagar la prestación durante la vida de la persona designada al acreedor de la renta, y muerto éste a sus herederos en proporción al tiempo que la persona elegida vivió; convenido el pago por fracciones periódicas, se abonarán éstas en el tiempo convenido; si se abonan por anticipado, corresponderán por completo al acreedor apenas llegue el día del vencimiento (art. 1.799).

Por gravosa que resulte, la prestación es debida siempre por la duración y en medida establecidas; no sería invocable, ya que se trata de un contrato con prestaciones continuadas, la cláusula *rebus sic stantibus* ni otro remedio, puesto que el deudor ni siquiera renunciando a la repetición de las anualidades ya paga-

(1) Tartufari, *Dell'alea nella costituzione di rendita vitalizia* (Arch. Giur., XLII, 1889, páginas 424 y siguientes).

das, podría liberarse del vínculo ofreciendo el reembolso del capital o la retrocesión del inmueble o de la cosa mueble (artículo 1.798). Pero tampoco al acreedor se otorga la facultad de repetir el capital o la cosa; es más, aun en el caso de que el deudor incurra en mora, no puede el acreedor recurrir a la condición resolutoria tácita y pedir el reembolso del capital o la restitución del predio o de la cosa; solamente tiene el derecho de pedir el secuestro o la venta de los bienes de su deudor y de solicitar que se ordene que del producto de la venta se emplee una suma suficiente para satisfacer las anualidades (art. 1.797).

La otra obligación que incumbe al deudor es la de prestar al acreedor las garantías pactadas para la ejecución del contrato; pero en tal caso el acreedor, si el obligado no cumple, tiene la facultad de provocar la resolución cuando se trate de contrato de renta vitalicia constituido mediante precio (art. 1.796).

El contrato se extingue: con la muerte de la persona por cuya vida se constituyó la renta, y si se hubiera constituido por la vida de varias personas se extinguirá con la muerte de la última de éstas; por la prescripción de treinta años cuando se haya dejado transcurrir tal período de tiempo desde el último pago efectuado; por el ejercicio de la acción resolutoria. No se extingue por la pérdida de los derechos civiles del acreedor; en este caso las anualidades deberán ser pagadas a los legítimos representantes del acreedor (art. 1.801) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - No dedica nuestro Código civil un apartado especial a los contratos por los que se genera un derecho a percibir una renta, estudiándolos, sin embargo, con los nombres de censos consignativo y reservativo y contrato de renta vitalicia. En los primeros significa, en mayor grado que en finalidad, la condición de cargas de la propiedad y el último lo regula en el mismo título que los contratos aleatorios.

Censos consignativo y reservativo.—Además del concepto genérico de los censos (art. 1.604 del Código civil español), da nuestro Código civil una especial para cada uno de los aquí estudiados, diciendo que es consignativo el censo cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad, el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censalista por el capital que de éste recibe en dinero (art. 1.606), y reservativo, cuando una persona cede a otra el pleno dominio de un inmueble, reservándose el derecho de percibir sobre el mismo inmueble, una pensión anual que debe pagar el censatario (art. 1.607).

Aunque regulados entre los contratos, no es ésta la única manera de

constituirlos. Originan un derecho real inscribible (art. 2.º, núm. 2.º de la ley Hipotecaria), y la acción que de ellos nace alcanza con eficacia real a proteger las pensiones devengadas y no percibidas (art. 1.623 del Código civil español), no pudiendo plantearse, pues, en nuestro Derecho, el problema que con referencia al italiano formula Ruggiero.

Por su naturaleza, los censos son perpetuos o por tiempo indefinido; si bien redimibles a voluntad del censatario, aunque puede limitarse esa facultad pactando la no redención por ciertos plazos cuyo límite máximo fija el Código (art. 1.608 del Código civil español). Otras notas características son que el censo ha de recaer sobre bienes inmuebles fructíferos y de propiedad del constituyente y que son indivisibles (artículos 1.618 y 1.619 del Código civil español).

La constitución de estos censos por contrato no ofrece más particularidad que ser necesario fijar la pensión, al otorgarse el contrato, bien en dinero o en frutos (art. 1.613 del Código civil español) y si se estipula en frutos, ser el censo consignativo o reservativo, no podrán ser una parte alícuota de los que la finca produzca (artículos 1.657 y 1.663 del Código civil español); siendo preciso, en el censo reservativo, que preceda la valoración de la finca sobre la que el gravamen se constituye (artículo 1.661 del Código civil español).

El censalista tiene derecho a percibir la pensión en los plazos convenidos o por años vencidos (art. 1.614 del Código civil español) en el lugar fijado o en el que radique la finca o en el domicilio del censatario (artículo 1.615 del Código civil español), pudiendo exigir de éste un resguardo en el que conste haberse hecho el pago (1.616) y obligar al censatario a que complete la garantía si disminuyese el valor de la finca acensuada en un 25 por 100, si el censo es consignativo (artículos 1.659 y 1.660 del Código civil español).

Tanto el censatario como el censalista pueden transmitir la finca o el derecho a percibir la pensión (art. 1.617 del Código civil español) y aquél puede redimir satisfaciendo de una sola vez el capital que se le entregó, si el censo es consignativo (art. 1.658 del Código civil español) y el en que se justipreció la finca, si es reservativo (art. 1.662 del Código civil español).

La extinción del censo se opera, a más de por redención, por abandono en los casos de los artículos 1.659 y 1.660 de nuestro Código civil, aplicables tanto al censo consignativo como al reservativo (art. 1.664 del Código civil español). También produce la extinción el perecimiento total de la finca acensuada; siendo distintos los efectos, si perece parcialmente o estaba asegurada o es objeto de expropiación forzosa (artículos 1.625 a 1.627 del Código civil español).

Contrato vitalicio.—Llamado en el Código civil español contrato de renta vitalicia es aquel por el que una persona se obliga a pagar una pensión o rédito anual, durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión (art. 1.802 del Código civil español).

Es este contrato aleatorio, real y unilateral, pero no es la única manera de constituir rentas, que pueden serlo por título no oneroso y a ella se refiere el art. 1.807 (1.800 del Código civil italiano), en el que se faculta al constituyente a título gratuito, para disponer que no estará sujeta la renta a embargo, por obligaciones del pensionista.

Puede servir de base a la constitución de renta, tanto de vida de la persona que da el capital, como la de un tercero o la de varias personas. Pudiendo también constituirse a favor de aquella o aquellas personas se-

§ 96.—*Fuego v Apuesta*

Brugi, *Ist.* § 65 (I. i.); Pacifici, *Ist.* V, pág. 552; Chironi, *Ist.* II, § 366; Zachariae, *Man-*
II, § 366; Aubry y Rau, *Cours.* VI, § 386; Planiol, *Traité*, II, números 2.107 y si-
guientes; Windscheid, *Pand.* II, 2, §§ 419-420 (1).

De todos los contratos, aquellos que más preponderante-
mente aleatorios se muestran, tanto, que este carácter aleatorio
es requisito indispensable de los mismos, son el juego y la
apuesta; son éstos, pues, contratos aleatorios por excelencia.

Concebidos por algún autor como un mismo contrato, am-
bos negocios son, en realidad, distintos, aunque sus diferencias
resulten a veces en la práctica apenas perceptibles: la sustancial

bre cuya vida se otorga o a favor de otra o de otras personas distintas
(artículo 1.803 del Código civil español), pero no sobre la vida de una
persona muerta a la fecha del otorgamiento o que al mismo tiempo se
halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro
de los veinte días siguientes a aquella fecha (art. 1.804 del Código civil
español). El Código italiano (art. 1.795) sólo declara nula la constituida
sobre la vida de una persona muerta.

El deudor de la renta está obligado a pagar la pensión en la medida,
tiempo y forma estipulados, pagando la renta correspondiente al año en
que muere el que la disfruta en proporción a los días que hubiese vivi-
do; mas si la pagara por plazos anticipados, deberá satisfacer el importe
total del plazo que hubiese empezado a correr (artículos 1.806 del Código
civil español y 1.799 del Código civil italiano).

El pensionista, por su parte, tiene derecho a reclamar la pensión,
pero justificando la existencia de la persona sobre cuya vida está consti-
tuída (art. 1.808 del Código civil español), no pudiendo exigir el reembol-
so del capital ni la posesión del predio enajenado por el no pago de las
pensiones vencidas, sino únicamente reclamar judicialmente el pago de
las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras (art. 1.805 del Có-
digo civil español).

Se extingue este contrato por la muerte de la persona o personas so-
bre cuya vida se constituyó.

(1) Pforten, *Abhandlungen*, páginas 327 y siguientes; Wilda, *Die Wet-*
ten (Zeitschr. f. deut. Recht, VII, 1843, páginas 212 y siguientes); Krügel-
stein, *Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel un Wette*, Leipzig, 1869;
Chevalier, *Les jeux et paris devant la loi*, 1875; Sanoly, *Du jeu et du pari*,
Paris, 1882; Fréreyon du Saint, *deu et pari au point de vue civil penal*
et reglem. Paris, 1893; Manenti, *Del giuoco e della scommessa dal punto di*
vista del dir. priv. rom. e mod. (en Glück, *Pand.*, libro XI, páginas 585 y si-
guientes); Mirabelli, *Giuoco e scommessa* (en *contratti speciali*, páginas 465
y siguientes); Martini, *Il giuoco* (*Filang.*, 1915, páginas 532 y siguientes).

diversidad parece esfumarse especialmente en los casos en que los que verifican las puestas no toman parte en el juego y no influyen en modo alguno en la producción del evento que determinará la pérdida para los unos y la ganancia para los otros. También en el lenguaje común se confunden ambos conceptos al decir que *juega* quien apuesta o viceversa. El carácter distintivo lo constituye el haber o no juego, por razón o con ocasión del cual las partes se prometen recíprocamente algo con la intención de que ejecute la prestación sólo aquella que pierda.

Contrato de juego es la convención por virtud de la cual dos o más personas hacen sendas puestas (sumas de dinero u otra cosa determinada) con el compromiso de perderla en favor de aquella que venza en el juego, ya consista éste en una actividad que desenvuelvan las partes mismas que participen en el juego o en que se verifique o no un determinado evento. Juegan quienes directa y personalmente participan, por ejemplo, en la carrera, en el campeonato, en el encuentro, ya quienes asisten a tales juegos sin que puedan influir con su propia actividad en la producción del hecho que fué preestablecido como decisivo. Si bien en este último caso se afirma por muchos que se trata de una apuesta y no de juego, ello se debe a que se parte del supuesto de que sólo hay juego cuando las partes despliegan su propia actividad y pueden influir en el resultado final; pero esto no nos parece exacto, como dijimos ya.

La apuesta es, por el contrario, una convención en cuya virtud la puesta es atribuída a aquella parte cuya afirmación respecto a un hecho o cuya opinión relativamente a un asunto o materia que es objeto de discusión, resulta cierta, exacta. La prestación no es una puesta hecha en el juego, y sí una pena para quien se equivoque.

Ahora bien, es un problema difícil el que se plantea al legislador relativo a la posición o actitud que la ley debe adoptar en orden al juego y a la apuesta, teniendo en cuenta los peligros a que expone el abuso de los mismos. Si los perjuicios que el juego produce por fomentar el ocio y los vicios y por provocar la dilapidación de patrimonios inclinarían a un criterio prohibi-

tivo y punible del juego, no hay que olvidar que el juego contenido en límites modestos, usado modestamente con el fin de procurarse agradable entretenimiento, por no tener nada de ilícito o antijurídico, no debe ser castigado, si bien tampoco debe ser protegido por no entrañar un interés que sea digno de tutela jurídica. Pero además de juegos nocivos e ino cuos, hay también juegos que son socialmente útiles porque favorecen el desarrollo físico de los hombres, afinan sus facultades intelectuales y contribuyen al incremento de la industria y del comercio; frente a esta especie de juegos, la actitud del legislador no deber ser prohibicionista, sino más bien protectora.

La solución que a tal problema ha dado la legislación italiana, se basa en la distinción apuntada. Hay algunos juegos que por lo casual de su resultado y por el mayor peligro de abuso que ofrecen, deben ser prohibidos; tales son los juegos de azar, castigados por la ley penal (Código penal, artículos 484-487), los cuales no pueden ser ni siquiera indirectamente protegidos por la ley civil.

Todos los demás son lícitos; pero éstos, a su vez, se agrupan en dos categorías: o se trata de juegos que tienen una utilidad social en cuanto que contribuyen al desarrollo del cuerpo, como los que adiestran en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota o el de foot-ball, etcétera; a éstos (pero sólo a ellos y no a los que consisten en determinadas habilidades intelectuales) otorga la ley civil un reconocimiento pleno porque atribuye al vencedor de ellos una acción para obtener que el que pierde realice la prestación a que viene obligado (art. 1.803, párr. 1.º); o se trata de otros juegos que son socialmente útiles, pero que no favorecen el desarrollo del cuerpo, o que son socialmente inútiles; la ley les dispensa una protección atenuada, privando al vencedor de toda acción y abandonando a la honradez del que pierde el pagar o no la puesta perdida (art. 1.802); si voluntariamente la paga (1).

(1) ¿Constituye pago voluntario que impide la repetición el depósito previo de la puesta confiado por los jugadores a un tercero con el encargo de entregarla al vencedor? ¿Puede quien pierde prohibir al tercero

ya no puede ser repetida, a no ser que hubiere habido fraude o dolo imputables al vencedor y siempre que la persona que pierde no sea menor de edad, interdicto o inhabilitado (art. 1.804).

De este modo—y prescindiendo de los juegos prohibidos y castigados por la ley penal—el principio adoptado por el Derecho italiano es el de que (si es cierto que los juegos que contribuyen al desarrollo del cuerpo son solamente una parte de todos los juegos posibles) del juego no nace, por regla general, acción alguna; lo que significa que el juego no genera una relación contractual, sino una obligación natural que no puede hacerse valer más que por vía indirecta mediante la *soluti retentio*. El contrato nace excepcionalmente del juego cuando se trata de los juegos enumerados en el art. 1.803, porque solamente en orden a los mismos puede haber un deudor realmente obligado al pago.

Sin embargo, incluso en orden a los juegos que originan acción, la ley ha puesto límites a la facultad de perseguir en juicio: cuando la suma comprometida en la puesta sea excesiva, la autoridad judicial puede rechazar la demanda (art. 1.803, párrafo 1.º), y privando de este modo al deudor de toda acción—ya que la facultad de rechazar no implica la de reducir la cuantía de la puesta—, castigar el abuso que se haga del juego con fines de lucro desmedido.

Lo que se ha dicho del juego debe repetirse de la apuesta, que la ley equipara a aquél; la ley declara también nula la apuesta cuando se estime excesiva la suma o la cosa prometida.

A más de los juegos a que se refiere el art. 1.803, se admiten en nuestra legislación, provistos de la acción correspondiente, los de lotería y tómbola, autorizados por el Estado, los contratos diferenciales en Bolsa, regulados por normas especiales y singularmente por el texto único de 19 de Marzo de 1908, número 152, sobre la lotería, por la ley de 20 de Marzo de 1913, número 272, sobre ordenación de las Bolsas de Comercio y co-

que pague al vencedor? ¿Tiene éste acción contra el tercero para obligarle a entregarle la puesta? Cuestiones todas interesantes y muy discutidas. Brugi, *Deposito anticipato di porta di giuoco* (*Riv. dir. comm.* 1916, II página 592). De Ruggiero, *Pagamento di debita de giuoco e deposito preventivo della posta* (*ib.*, 1917, I, pág. 524).

rrespondiente Reglamento de 4 de Agosto de 1913, núm. 1.608, así como también por el Real decreto-ley de 14 de Mayo de 1925, núm. 601, sobre la ejecutoriedad de los contratos bursátiles a término (1).

§ 97.—*Fianza. Anticresis*

Brugi, *Ist.*, § 65 (II f.), 69; Pacifici, *Ist.*, V, pág. 632; Chironi, *Ist.*, II, §§ 312-315; Zachariae, *Man.*, II, §§ 271-274, 403-409; Aubry y Rau., *Cours*, VI, §§ 423-429, 436-439; Planiol, *Traité*, II, números 2.323, 2.490 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 476-481.

I. *Fianza*.— El mismo fin que persiguen los derechos reales de garantía persigue la fianza: asegurar la satisfacción de un crédito contra los peligros de la insolvencia total o parcial del

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Es tal la analogía entre estos dos contratos, que se dividen los tratadistas al buscar la nota diferencial.

Ruggiero impugna expresamente la teoría clásica romana que basa la distinción en la intervención de las partes en el acontecimiento que ha de determinar la ganancia o pérdida— si es activa, juego; si es pasiva, apuesta —, para defender el criterio objetivo como diferencial. Otros autores señalan la distinción en la diversidad entre las partes. que se da en la apuesta y en el juego no, o bien porque el juego se refiere a un acontecimiento futuro y la apuesta a uno pasado.

Nuestro Código civil distingue por sus efectos los juegos de envite, suerte o azar que declara sin efectos civiles, no haciendo de ellos acción para reclamar lo ganado, pero el que pierde y paga voluntariamente no puede repetir lo pagado, salvo que hubiese mediado dolo o que fuese un menor o inhabilitado para administrar sus bienes el que que pagó (artículos 1.798 del Código civil español y 1.802 y 1.804 del Código civil italiano). La intervención en estos juegos prohibidos es castigada con sanción penal (artículos 743 y siguientes del Código penal).

Surten, por el contrario, efectos civiles, obligando a las partes, los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo (artículos 1.800 y 1.801 del Código civil español, y 1.803, § 1.º del Código civil italiano), pero la autoridad judicial puede no estimar la demanda cuando la cantidad que se expuso en el juego o en la apuesta sea excesiva o reducir la obligación en lo que excediese de los usos de un buen padre de familia (artículos 1.801, § 2.º del Código civil español y 1.803 del Código civil italiano que no faculta al Tribunal para reducir la obligación).

Estas disposiciones son aplicables a la apuesta, según el art. 1.759 del Código civil español.

A pesar de ser juegos de azar, se estiman legales la Lotería Nacional y las jugadas de Bolsa, no pudiendo aceptarse éstas entre las prohibiciones del Código civil si se ajustan a los términos del art. 74 del Código de Comercio (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 1905).

deudor. Pero mientras con la prenda y con la hipoteca el deudor o un tercero por él, vincula una cosa al acreedor, en la fianza es otra persona la que se vincula asumiendo solidariamente la obligación del deudor. Ya surja por el solo deseo de prestar un servicio, ya contra compensación, ello será indiferente a la naturaleza del contrato, que, por regla general, es gratuito; tampoco tiene importancia el que la garantía se preste con ánimo de repetir luego del deudor lo que por él haya satisfecho el garante o con el de hacerle una donación, porque esto afecta a la relación entre el deudor y el fiador y justificará la admisión o no admisión del reembolso. Lo esencial es la accesoriedad de la obligación, por lo que tal vínculo no tiene nunca existencia autónoma e independiente, sino que, como todos los derechos de garantía se halla condicionado en su existencia a la de la relación creditoria principal. El carácter subsidiario es, en cambio, un elemento simplemente natural; el garante o fiador no está obligado sino en el caso en que el acreedor no sea satisfecho en su crédito por el deudor principal; si, por el fin que persigue la garantía, es corriente que el acreedor, antes de dirigirse al fiador, haya hecho excusión en los bienes del deudor principal estérilmente, nada se opone a que el garante, renunciando al beneficio de la excusión previa, contra el deudor principal asuma el débito de éste de modo directo colocándose en la situación del deudor solidario. Se aplicará entonces a la relación las normas propias de las obligaciones solidarias, sin que por ello pierda el segundo obligado su condición de fiador; pero esta condición se da solamente entre el fiador y deudor principal, no entre el primero y el acreedor, que cuenta con dos obligados principales, no con uno solo.

Si se prescinde, por tanto, del caso excepcional de la solidaridad (la cual no se produce sino en virtud de una expresa declaración de voluntad) (art. 1.907), puede definirse la fianza de acuerdo con los preceptos del Código (el cual se fija en la figura normal), como el contrato que da vida a una obligación accesoria por el que un tercero se obliga a pagar al acreedor si el deudor principal no le paga.

Son, pues, requisitos esenciales de la misma la prestación del consentimiento y una obligación principal.

a) *Consentimiento*.—Las partes que deben prestarlo son el acreedor y el fiador: una declaración de voluntad del deudor principal es aquí tan innecesaria, cuanto que, aun ignorándola éste, la fianza se origina porque al acreedor solamente interesa asegurarse del pago del crédito y la satisfacción de este interés no puede hacerse depender de la voluntad del deudor (artículo 1.901). Ni siquiera cuando, en virtud de un vínculo preexistente, el deudor está obligado a prestar fiador, entra en función el consentimiento de aquél; para generar la obligación del fiador basta el consentimiento de éste y el del acreedor.

Afecta a cuestión distinta, o sea a la relación entre el acreedor y el deudor, el que este último esté obligado a reforzar la propia obligación con las obligaciones de los fiadores. Precisamente, teniendo en cuenta este caso, la ley y la doctrina distinguen una fianza *convencional* de la *legal* y de la *judicial*, según que incumba al deudor la obligación de prestar fiadores y tal obligación haya sido asumida por él, en virtud de convención, o le sea coactivamente impuesta, en virtud de la ley o de sentencia (artículos 1.904, 1.921) (1). Frente a estas tres especies de fianza se dan otras en que ésta es ofrecida espontáneamente por el deudor y hasta asumida, ignorándolo éste, por el propio fiador. Pero siempre será cierto que la garantía surge en virtud del consentimiento libre del garante, y que las normas que la regulan sean siempre las mismas, cualquiera que sea su especie, salvo las diversidades concernientes a la fianza constituida, en virtud de precedente obligación convencional legal o judicial (2).

(1) Casos de fianza debida en virtud de precepto legal son: los de los artículos 26, 292, 497, 525, 855, 955, 1.469, 1.510, 2.245 del Código civil.

(2) Constituye un caso especial de fianza el que puede darse en el mandato de crédito cuando uno confiere a otro el mandante de abrir crédito a un tercero asumiendo el mandante la responsabilidad (*Kreditgarantiegeschäft*): el mandante se constituye en fiador del mandatario. La relación está expresamente prevista en el Código civil alemán (§ 778) y en el Código civil suizo de las Obligaciones (artículos 408-411); pero no está prevista en nuestro Código. Especiales dificultades surgen para la cons-

Ahora bien, el consentimiento del fiador no es eficaz si no se manifiesta expresamente; aunque la ley no prescriba forma ni solemnidad alguna, se requiere, sin embargo, una manifestación explícita de voluntad en quien se obliga por otro, sin que pueda presumirse nunca la fianza (art. 1.902); es más, dado el carácter normalmente gratuito de la relación, hay que interpretar siempre restrictivamente la obligación del fiador, porque— aun estimando cubiertos los accesorios todos del débito principal cuando la fianza sea genérica e indefinida (art. 1.903)—, la garantía no puede extenderse más allá de los límites dentro de los cuales fué prestada (art. 1.902). De otro modo, se abriría el portillo a innumerables pleitos, y se expondría incluso al riesgo de pagar por otro a quien se limitase a recomendar tan sólo al deudor o a dar de éste buenas referencias al acreedor, cuando éste pudiese probar que la recomendación o los informes como asunción implícita de garantía era eficaz.

Se considera capaz para prestar fianza quien tenga capacidad de obligarse, y si la fianza contiene una liberalidad, quien tenga capacidad de donar. No precisa de otros requisitos ni que posea bienes determinados o suficientes. Si a veces la ley los exige (artículos 1.904-1905), si exige en el fiador suficiencia de bienes y solvencia (para apreciar ésta se toman en cuenta los bienes susceptibles de hipoteca, no litigiosos ni sitios en lugar demasiado distante (art. 1.905), si exige que el fiador tenga su domicilio en el territorio de la jurisdicción de la corte de apelación en que la fianza deba prestarse, tales exigencias no representan una limitación a la capacidad de constituirse en fiador, sino que afectan únicamente al modo de cumplir la obligación preexistente impuesta al deudor principal (por convenio, por ley o por sentencia) de presentar un fiador; para que la obligación se cumpla, precisa que el deudor ofrezca un fiador idóneo, y tal idoneidad

trucción dogmática de la relación. Véase en orden al Derecho romano Bartolucci, *Il mandato di credito* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XXVII, páginas 129 y siguientes; XXXVIII, páginas 191 y siguientes) y la bibliografía allí citada. Para el Derecho civil: Campogrande, *La teoria generale del mandato di credito* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, XVI, 1892, páginas 395 y siguientes).

existe legalmente cuando el fiador ofrezca los caracteres dichos.

b) *Obligación principal*.—Precisa la existencia de una deuda principal (o, por lo menos, que exista el vínculo que haya de generar dicha deuda) y que se trate de obligación válida (artículo 1.899, párr. 1.º). Sin embargo, en tanto la obligación nula lleva consigo la nulidad de la fianza, la obligación que sea solamente anulable (por ejemplo, por incapacidad del obligado como menor, por vicio de su consentimiento), tolera la fianza, ya que, no pudiendo el fiador oponer al acreedor las excepciones meramente personales del deudor (art. 1.927), puede la obligación personal convalidarse por obra del deudor, quedando con esto garantizada la exigencia de un débito principal afianzable (artículo 1.899, párr. 1.º).

Es esta obligación preexistente y válida la que señala los límites de contenido y validez de la fianza. Dada la accesoriedad de ésta, no puede el fiador obligarse *in aliud*, *in mains* ni *in juriorem causam*; el Código declara que la fianza no puede exceder de lo que el deudor debe, ni prestarse en condiciones más onerosas que las de la deuda principal (art. 1.900, párrafos 1.º y 2.º) En cambio, es perfectamente lícito que el fiador se obligue *in minus*, es decir, por una parte tan sólo de la deuda o en condiciones menos onerosas (art. 1.900, párr. 1.º).

Los efectos que la fianza produce se deben considerar en la doble relación entre fiador y acreedor y entre fiador y deudor principal. Estos últimos no son, en verdad, efectos del contrato de fianza, sino más bien del pago efectuado por el fiador y de la especial relación que se dé entre el fiador y el deudor principal.

A. *Relación entre fiador y acreedor*.—Como el fiador no está obligado a pagar sino cuando no paga el deudor principal, el acreedor no puede dirigirse contra el fiador sin haber hecho previa excusión en los bienes del deudor, a no ser que hubiera habido asunción de fianza solidaria o hubiere renunciado el fiador al beneficio de excusión (art. 1.907). No se puede afirmar, sin embargo, que si no hace previa excusión contra el deudor prin-

cial, carece el acreedor de acción contra el fiador; a éste concede la ley una defensa, el llamado *beneficium excussionis*; esta defensa debe ser opuesta por el fiador al iniciarse el procedimiento (art. 1.908), indicando al acreedor los bienes del deudor y anticipando los gastos de la ejecución (art. 1.909). Excepcionalmente este beneficio no corresponde al fiador judicial (art. 1.923). Siendo varios los fiadores, si bien cada uno resulta obligado por el todo, también a cada uno se concede el beneficio de excusión, y, además, otra defensa, el *beneficium divisionis*, en cuya virtud puede cada uno de ellos pedir que el acreedor divida su acción y la reduzca a la parte de cada uno (art. 1.912). Pero con esto el acreedor no experimenta perjuicio alguno, si alguno de los fiadores resulta insolvente, porque su cuota se distribuye entre los demás. Si se presta fianza, no por el deudor principal, sino por el fiador mismo (*fideiussor fideiussoris*, art. 1.901), el fiador del fiador no resulta obligado frente al acreedor sino en el caso en que el deudor principal y todos los fiadores fuesen insolventes (art. 1.914). Intentada en los casos en que procede la acción contra el fiador, éste puede oponer al acreedor todas las defensas que corresponderían al deudor, excepto aquellas inherentes a la persona de éste (art. 1.927).

B. *Relación entre deudor y fiador*.—Cuando la fianza no tenga por móvil la intención de hacer una liberalidad, la *solutio* de la deuda hecha por el fiador produce en el patrimonio del deudor (liberado por otro de un elemento patrimonial pasivo) un enriquecimiento que debe cesar para que se restablezca el equilibrio roto. La ley otorga al fiador que ha pagado una acción de reembolso contra el deudor principal (aun cuando la fianza se prestara ignorándolo éste) para repetir el capital los intereses y los gastos (art. 1.915). Esta acción es una consecuencia de la subrogación del fiador en los derechos todos del acreedor por consecuencia del pago (artículos 1.916, 1.253, núm. 3.º); pero es una acción personal distinta de la correspondiente al acreedor y de contenido y eficacia más amplios. Sin embargo, el reembolso se extingue si el deudor principal ha pagado también al acreedor por no haber sido advertido a tiempo por el fiador, el cual podrá

accionar contra el acreedor en repetición de una suma que percibió dos veces; se extingue también si el fiador hubiere pagado sin haber sido demandado y sin advertir al deudor que tuviese medios para hacer declarar extinguida la deuda, subsistiendo también en este caso la acción para repetir contra el acreedor indebidamente satisfecho (art. 1.918).

Pero también antes del pago, el fiador puede accionar contra el deudor principal; puede exigirle que le releve de toda ulterior responsabilidad: 1), cuando sea demandado judicialmente para el pago; 2), cuando el deudor sea declarado incurso en quiebra o se halle en estado de insolvencia; 3), cuando el deudor se hubiere obligado a liberar al fiador en determinado plazo y éste ha transcurrido; 4), cuando la deuda sea exigible por haber vencido el término convenido para el pago; 5), cuando hubieren transcurrido diez años desde el día en que se constituyó la fianza, en orden a las deudas que no tengan término fijo de vencimiento, y siempre que no sean de aquellas que no pueden extinguirse antes de determinada fecha (art. 1.919).

Fin de la fianza.—La disolución del vínculo que obliga al fiador cuando se extingue la deuda principal deriva del carácter accesorio de la fianza; hay que considerar primeramente el pago efectuado por el propio deudor o por un tercero, y con el pago la *datio in solutum*, aun cuando la cosa dada al acreedor en sustitución de la prestación debida sea objeto de evicción (artículo 1.929); luego, los demás hechos que producen la extinción.

La fianza se extingue en tales casos como consecuencia de la extinción de la obligación que garantizaba; puede también, sin embargo, extinguirse la fianza por otras causas independientes de la suerte de la deuda principal. Así, si por un hecho del acreedor se hace imposible la subrogación del fiador en los derechos, hipotecas y privilegios del primero, el fiador queda liberado, aunque se hubiere obligado solidariamente (art. 1.928). Así también, si por efecto de la sucesión hereditaria se confunden en la misma persona la obligación principal y la accesorio de la fianza; pero, en tal caso, si hubiere un *fideiussor fideiussoris*, la segunda fianza subsistirá (art. 1.926). No produce la liberación del fiador

la simple prórroga del término concedida por el acreedor al deudor principal, aunque, en tal caso, se otorgue al fiador una acción para obligar al deudor al pago (artículos 1.930, 1.931).

II. *Anticresis* (1).—Especie intermedia entre los derechos reales de garantía y la garantía meramente personal es la anticresis, cuyo nombre indica simultáneamente su función propia (*ἀντι κρήσις* = uso en compensación) y su etimología helénica. Es el contrato en cuya virtud al acreedor de un débito fructífero es atribuída la posesión de un inmueble, y con ella la facultad de apropiarse los frutos y productos del mismo para imputarlos anualmente al pago de intereses, y el sobrante, si lo hubiere, al del capital (art 1.891).

Que esta facultad vaya frecuentemente unida a un derecho real de garantía, no constituye una razón para reconocer en la anticresis naturaleza real; la anticresis origina un derecho meramente personal en el titular, que puede incluso no ser un acreedor pignoraticio, sin que se convierta en tal por el hecho de la posesión.

La función propia es permitir al acreedor un pronto y seguro cobro de los intereses que le son debidos mediante una especie de compensación de éstos con los frutos del inmueble (2). Mientras el Derecho romano llega a reconocer que, sin mediar pacto especial, puede el acreedor pignoraticio de cosa fructífera retener para sí los frutos en compensación de los intereses que se le deben (la llamada *anticresis tácita*) (3), el canónico se mos-

(1) Rinaldi, *Saggio sul diritto dell anticresi* (*Arch. Giur.*, XXI); Mirabelli, *Dell'anticresi*, Nápoles, 1888; Ciccaglione, *Anticresi* (en *Enc. Giur.*); Caberlotto, *Anticresi* (en *Digit.*); Abello, *Anticresi* (en *Dir. prat. di diritto.*); Pianetti, *Del contratto anticretico* (*Filang.*, XXII, 1897, páginas 241, 341 y siguientes).

(2) Marciano, fr. 11, § 1. D. 20 1: «*Si auticresis facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque.*»

(3) Paulo fr. 8. D. 20. 2: «*Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere.*»

tró hostil a tal institución, por contradecir, no solamente el principio de la gratuidad del mutuo, sino por prestarse a ocultar operaciones usurarias.

Los efectos que el contrato anticrético produce, según el Código civil, se limitan todos a las relaciones entre deudor y acreedor y sus herederos; frente a los terceros, y, sobre todo, frente a quienes adquirieron derechos reales sobre el inmueble, no produce efecto alguno (art. 1.897).

Dos obligaciones principales son impuestas al deudor, correspondientes a los dos derechos fundamentales conferidos por el contrato al acreedor anticrético: 1), conceder al acreedor la posesión del inmueble, pudiendo retenerlo hasta que sea enteramente pagado de su crédito (art. 1.893); 2), conceder al acreedor la facultad de percibir los frutos en tanto dure el derecho de posesión para ser imputados, primero, a los intereses, y, después, al capital; a los intereses, según tasa estipulada, aunque sea permitido compensar totalmente frutos por intereses, en cuyo caso serán éstos tanto más elevados cuanto mayores sean los rendimientos del inmueble (art. 1.895). También por este doble derecho resultará cubierto, análogamente a lo que ocurre con la prenda, el segundo crédito contraído posteriormente entre las mismas partes que sea exigible (artículos 1.896, 1.888). Como en la prenda, también aquí se prohíbe el pacto comisorio, correspondiendo al acreedor la sola facultad de promover la ejecución del inmueble (art. 1.894).

Al acreedor anticrético incumbe la obligación de pagar las contribuciones y cargas anuales que graviten sobre el inmueble, de proveer a su conservación y reparaciones necesarias, atendiendo a estos gastos con los frutos, y, en general, de administrar el inmueble con la diligencia de un buen padre de familia (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - Forma de garantía que en orden al tiempo aparece antes que las reales (prenda e hipoteca) y cumple muy imperfectamente la función aseguradora que se le atribuye.

Nuestro Código civil (art. 1.822) la define diciendo que «por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste», distinguiendo luego en su articulado las convencionales, legales y judiciales (art. 1.823), la simple y la indefinida (art. 1.827) y la en garantía de deudas presentes o de deudas futuras (art. 1.825).

I. *Elementos del contrato.*—A. *Personales.* No existe más regla especial en cuanto a capacidad de los contratantes que la contenida en el artículo 1.828 (1.904 del Código civil italiano), en la que, para el caso de que el deudor se viese obligado a presentar fiador, se exige a éste capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. B. *Reales.* Se requiere la existencia de una obligación válida o anulable por excepción puramente personal del deudor como la menor edad, con la excepción del préstamo hecho al hijo de familia (artículos 1.824 del Código civil español y 1.899 del Código civil italiano), pudiendo acauzarse deudas futuras, pero el fiador no responderá hasta que no sean líquidas (art. 1.825 del Código civil español). C. *Formales.* Únicamente se exige que la fianza sea expresa (artículos 1.827, § 1.º del Código civil español y 1.902 del Código civil italiano), siendo aplicable en lo demás el art. 1.280, § último del Código civil español.

II. *Límite de la fianza.*—No puede extenderse a más de lo convenido en ella (artículos 1.827 del Código civil español y 1.902 del Código civil italiano), ni puede pactarse para garantizar mayor cantidad o con condiciones más onerosas que la deuda (artículos 1.825 del Código civil español y 1.900 del Código civil italiano).

III. *Efectos jurídicos.*—A. *Entre fiador y acreedor.* Goza el fiador del beneficio de excusión (artículos 1.830 del Código civil español y 1.907 del Código civil italiano) que ha de oponer al acreedor al ser requerido al pago señalando bienes del deudor suficientes para cubrir las deudas realizables y situados en territorio nacional (artículos 1.832 del Código civil español y 1.908 del Código civil italiano), no respondiendo de la negligencia del acreedor en la excusión de los bienes señalados (art. 1.833 del Código civil español) Le alcanza este beneficio aunque se hubiese dictado sentencia contra ambos (art. 1.834 del Código civil español) y cesa por renuncia expresa, por haberse obligado solidariamente, por quiebra o concurso del deudor o por no poder éste ser citado dentro del reino (artículos 1.831 del Código civil español y 1.907 del Código civil italiano). Al fiador no le afecta la transacción hecha por el acreedor y el deudor como a éste tampoco le afecta la que hiciesen el fiador y el acreedor (art. 1.835 del Código civil español).

B. *Entre deudor y fiador.*—Nacen del pago de la deuda por el fiador, quien puede reclamar, aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor, la cantidad de la deuda, los intereses legales, los gastos ocasionados al fiador y los daños y perjuicios cuando procedan (artículos 1.838 del Código civil español y 1.915 del Código civil italiano), quedando subrogado en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, pero no puede reclamar más que lo pagado si transigió (artículos 1.839 del Código civil español y 1.916 del Código civil italiano).

Limitan el derecho del fiador a reclamar, el hecho de pagar sin ponerlo en conocimiento del deudor o antes del vencimiento de la deuda si es a plazo; en este caso no puede reclamar la deuda hasta que el plazo venza (art. 1.841 del Código civil español), y en el primero hay que distinguir si pagó o no el deudor por su parte; si hubo pago carecerá el fiador de acción contra el deudor, pudiendo dirigirse contra el acreedor, y si no hubiese pagado podrá el deudor oponer al fiador todas las excepciones que contra el acreedor le correspondieran en el momento del pago (artículos 1.840 y 1.842 del Código civil español y 1.918 del Código civil italiano).

Aun antes del pago se concede al fiador en determinados casos acción contra el deudor principal para obtener la relevación de la fianza o una

garantía que le ponga al cubierto de los procedimientos del acreedor o del peligro de insolvencia del deudor (artículos 1.843 del Código civil español y 1.919 del Código civil italiano).

IV. *Cofianza*.—Determinada por la existencia simultánea de varios fiadores para garantía de una misma deuda; los cofiadores gozan además del beneficio de excusión, del de división, salvo pacto de solidaridad, cesando este beneficio por iguales causas que el de excusión (artículos 1.837 del Código civil español y 1.912 del Código civil italiano). Si el pago hubiese sido hecho por uno o varios cofiadores en virtud de demanda judicial o en caso de concurso o quiebra del deudor principal, pueden aquéllos reclamar a los demás cofiadores la parte proporcional que les corresponda satisfacer, recayendo sobre todos la parte del cofiador que resultase insolvente (artículos 1.844 del Código civil español y 1.820 del Código civil italiano), pero podrán los cofiadores oponer al que pagó, las excepciones que correspondieran frente al acreedor, al deudor, y no fueran personales de éste (art. 1.845 del Código civil español).

V. *Subfianza*.—Coexistencia de varios fiadores sucesivos en una misma deuda, cada uno de los cuales garantiza el cumplimiento de la obligación del que le precede; giran del beneficio de excusión del deudor principal y del fiador o fiadores precedentes (artículos 1.836 del Código civil español y 1.914 del Código civil italiano). Si garantizaba la obligación de un fiador, responderá a los cofiadores con éste, en los mismos términos que aquél (art. 1.846 del Código civil español).

VI. *Solidaridad del fiador con el deudor principal*.—En este caso dice el Código civil español (art. 1.822, § 2.º) que se observará lo dispuesto en la sección cuarta, cap. III, tít. I, del libro IV, o sean las reglas sobre obligaciones solidarias. No obstante esta declaración, el fiador que se obliga solidariamente con el deudor principal, no se convierte en deudor solidario, ni pierde la fianza su naturaleza propia (Sentencia de 29 de Diciembre de 1898), pudiendo reclamar, el fiador con solidaridad que efectuase el pago, la totalidad de la deuda al deudor, cosa que no podría hacer si fuese simplemente un deudor solidario (art. 1.145, § 1.º del Código civil español).

VII. *Extinción de la fianza*.—Se opera: Por extinción de la deuda principal y por las mismas causas que las demás obligaciones (artículos 1.847 del Código civil español y 1.925 del Código civil italiano).

En el caso de dación en pago se extingue la fianza aunque el acreedor pierda la cosa por evicción (artículos 1.849 del Código civil español y 1.929 del Código civil italiano); también la extinguen totalmente la prórroga concedida al deudor (artículos 1.851 del Código civil español que difiere de los 1.930 y 1.931 del Código civil italiano) y cuando por algún hecho del acreedor no puedan los fiadores subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo (artículos 1.852 del Código civil español y 1.928 del Código civil italiano). La confusión por herencia, que se verif que en la persona del deudor o del fiador no libera al subfiador (artículos 1.848 del Código civil español y 1.926 del Código civil italiano) y la liberación hecha a uno de los cofiadores aprovecha a todos hasta donde alcanza la parte del fiador a quien se ha otorgado (art. 1.850 del Código civil español).

Anticresis.—Por este contrato el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al capital de su crédito (art. 1.881 del Código civil español que difiere del 1.891 del Código civil italiano, que éste exige la transmisión de la posesión del inmueble

§ 98.—*Transacción y Compromiso*

Brugi, *Ist.*, § 65 (l. g.); Pacifici, *Ist.*, V, pág. 512; Chironi, *Ist.*, II, § 349; Zachariae, *Man.*, II, §§ 398-402; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 418-422; Planiol, *Traité.*, II, números 2.284, 2.305; Windscheid, *Pand.*, II, 2, 413-417.

I. *Transacción* (1).—El supuesto de la transacción no es otro que la incerteza de una indeterminada relación jurídica; su objeto, el dar fin a esta incerteza. Cuando en torno a una situación jurídica reina incerteza entre las partes, ya sea porque ob-

al acreedor). Se origina en su virtud un derecho real y por tanto inscribible (art. 2.º, núm. 2.º de la ley Hipotecaria)—según opinan la mayoría de los tratadistas españoles—, que guarda analogías con los derechos de prenda e hipoteca, diferenciándose del primero en que recae sobre inmuebles y del segundo en que otorga al acreedor el derecho a percibir los frutos.

Forma rudimentaria de garantía produce los siguientes derechos para el acreedor, además del de percibir los frutos, que pueden compensarse con los intereses de la deuda (art. 1.885 del Código civil español): Un derecho de retención en el caso de segunda deuda en las mismas condiciones que en la prenda (artículos 1.886 y § 2.º del 1.866 del Código civil español y 1.896 del Código civil italiano) y otro para instar la venta del inmueble si la deuda no le fuera satisfecha, no adquiriendo por esta causa la propiedad del inmueble (artículos 1.884 del Código civil español y 1.894 del Código civil italiano). Por su parte queda obligado al pago de contribuciones y cargas y a hacer los gastos de conservación y reparación; el importe de estos pagos se deducirá de los frutos (art. 1.882 del Código civil español) y para librarse de estas obligaciones, puede obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca, no pudiendo éste readquirir el goce, en otro caso, más que pagando lo que debiere a su acreedor (art. 1.883).

A la anticresis son aplicables las disposiciones referentes a la prenda e hipoteca contenidas en los artículos 1.857, § 2.º, 1.860 y 1.861 (art. 1.886 del Código civil español).

(1) En orden al Derecho romano y al germánico: Risch, *Die Lehre vom Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses*. Erlangen, 1855; Sturm, *Die Lehre vom Vergleich nach gem. u. preuss. Rechte*. Berlín, 1889; Oertmann, *Der Vergleich in gem. Civilrecht*. Berlín, 1885; Berlolini, *Della transazione sec. il dir. rom.* Turín, 1900. Respecto al Derecho civil, fr. y al italiano Troplong, *Traité du mandat, du cautionnement et des transactions*, 1841; Accarias, *Étude sur la transaction en dr. rom. et en dr. fr.* Paris, 1863; Bonfils, *Des transactions*, 1883; Guillouard, *Traité du cautionnement et des transactions*, 1894; Mirabelli, *La transazione sec. le leggi it.* (en la colección de Fiore) 2.º edic., 1915; Codovilla, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, segunda edic., Turín, 1915.

jetivamente la relación se presente dudosa o porque aun siendo cierta una de las partes la conteste y por esta contestación la relación se ofrezca incierta ya, precisa, para poner fin al litigio iniciado o para evitar los que en el futuro pudieran surgir, un acuerdo entre los interesados: merced a concesiones recíprocas se imprime firmeza y certidumbre a la relación cesando el litigio en curso o impidiendo los futuros. La transacción, pues, como exactamente la define el Código, es «un contrato por cuya virtud cada una de las partes dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, ponen fin a un litigio ya iniciado o previenen el que pueda surgir». Son elementos esenciales del mismo: *a*), una relación incierta, es decir, un derecho litigioso o estimado tal aunque realmente no lo sea, ya que basta el simple temor del litigio, o cuando éste hubiere comenzado, el mero temor de que el Juez lo falle desfavorablemente (1); *b*), intención en los contrayentes de sustituir la relación dudosa e incierta por otra cierta, incontestable; *c*), una recíproca concesión de las partes de modo que cada una de éstas dando, prometiendo o reteniendo algo sufran un sacrificio. Este último elemento es el que imprime a la transacción el carácter de contrato bilateral y el que la distingue de la renuncia, de la donación o de otros negocios que implican también abandono de una pretensión jurídica (2); una transacción sin concesiones recíprocas no es concebible (3), pero tales con-

(1) Ulpiano, fr. 1 D. 2. 15: *Qui transigit, quasi de re dubia et lite in certa neque finita transigit; l. 2 c. 2. 4. Cum te proponas... transegisse... etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen propter honorem litis transactione interposita*. Consúltese Carnelutti, *Sulla causa della transazione* (*Riv. dir. Comm.*, 1914, II, páginas 573 y siguientes, y en *Studi di dir. civ.*, páginas 491 y siguientes); Foá, *Della causa nel contratto di transazione* (*Mon. trib.*, 1912, pág. 441); Finocchiaro, *La transazione e la causa* (*Dir. Comm.*, 1916, II, páginas 987 y siguientes).

(2) La diferencia entre transigir y donar es puesta frecuentemente de relieve en los textos romanos, nótese también la importancia que se otorga al requisito de la incerteza en el cit. fr. 1 D. 2. 15: *Qui transigit... qui vero paciscitur donativis causa rem certam et indubitatum liberalitate remittit*.

(3) Véase l. 38 C. 2. 4: *Transuctio nullo dato vel retento sen promisso minime procedit*.

cesiones no han de ser forzosamente equivalentes, tanto que en caso de ser desproporcionadas no es admisible la acción de rescisión por lesión art. 1.772, párr. 1.º).

El carácter especial que ofrece el negocio que nos ocupa y la decisiva importancia que tiene en orden a las relaciones jurídicas, exigían el que la ley determinase de modo más riguroso las condiciones de capacidad en las partes y de idoneidad en el objeto y el que prescribiera la observancia de una forma externa. Precisamente porque este acto tiende a poner fin a un estado de incerteza, se requiere que la transacción se haga en forma escrita (art. 1.314, núm. 7). Es necesaria, pero insuficiente, la mera capacidad de obligarse, si transigir significa abandono de una pretensión en favor de la otra parte, esto es, realizar un acto dispositivo o de enajenación, es requisito indispensable la facultad de disponer de los objetos que se comprenden en la transacción (art. 1.765). Precisa también un consentimiento válido, es decir, que no esté viciado por dolo, violencia o error en la persona o sobre el objeto de la controversia (art. 1.773). Un error de derecho no influye para nada; dado el carácter controvertido (objetiva o subjetivamente, que esto no importa) de la relación jurídica, y dada también la finalidad de la transacción, el error de derecho en una de las partes no puede ser nunca causa o motivo de impugnación (art. 1.772, párr. 1.º). Es, pues, el error de hecho el que vicia el consentimiento, y solamente el error en la persona o sobre el objeto. Por tanto, puede ser objeto de impugnación la transacción hecha para ejecución de un título nulo cuya nulidad ignorasen las partes, a no ser que la transacción recayere sobre la nulidad misma (art. 1.774); puede serlo también la hecha sobre documentos que más tarde se reconocen falsos (art. 1.775); lo es igualmente la que recaiga en un litigio que hubiere sido fallado mediante sentencia firme (artículo 1.776); lo es, finalmente, la que afecta a un objeto determinado cuando resulte probado, en virtud de documentos descubiertos posteriormente, que una de las partes no tenía derecho alguno sobre dicho objeto (art. 1.777, párr. 1.º).

Pero también se establecen límites en cuanto al objeto. No

todos los derechos son materia idónea de transacción, porque no de todos se puede disponer libremente. De una parte, se sustraen los derechos no comerciables; de otra, los no enajenables ni renunciables o que afectan en cierto modo al orden público; no puede, pues, transigirse sobre cuestiones de estado, sobre relaciones familiares, sobre herencia de una persona viva, pero nada se opone a que se transija, por ejemplo, sobre derechos de crédito que deriven de relaciones familiares, sobre la acción civil que nace de un delito (art. 1.776).

Los efectos que la transacción produce entre las partes son los mismos que produce una sentencia firme; precisamente la ley equipara aquélla a una sentencia irrevocable y le atribuye la misma autoridad que a ésta (art. 1.772). Pero dicha equiparación no puede interpretarse como una identificación, ya que la sentencia firme produce algunos efectos que no produce la transacción; la equiparación responde a las semejanzas existentes entre una y otra, ya que ambas ponen fin siempre a una controversia que no podrá ya resurgir. Ahora bien, a semejanza de la sentencia, la transacción obliga a las partes contrayentes y otorga una excepción contra aquella parte que intente controvertir de nuevo el punto resuelto ya.

Pero la eficacia de la transacción no se extiende más que a las cuestiones que sean objeto expreso de la misma. El que las partes hayan o no manifestado con estas o las otras expresiones su intención, poco importa, con tal que resulte clara su voluntad de transigir sobre tales y tales puntos (art. 1.769). El extender la eficacia de la transacción más allá de su objeto, no respondería a la función que debe cumplir esta institución; por eso la ley prescribe que la renuncia hecha en términos generales (a todos los derechos y acciones) comprenderá tan sólo lo relativo a las controversias que hayan dado origen a la transacción (artículo 1.768).

A estos límites objetivos se añaden otros subjetivos; la transacción, como quiera que solamente obliga a las partes contratantes, a ellas solamente les afecta, sin que genere excepciones oponibles a los terceros ni aun en las mismas relaciones entre

las partes cuando éstas no actúan con carácter o calidad idénticos.

Por tanto, si se hace por uno de los interesados en la controversia, no obliga a los demás ni puede ser opuesta por ellos (artículo 1.771). Si la hace alguno con relación a un derecho propio y luego adquiere un derecho semejante de otra persona, la transacción en cuanto al primero no afecta al derecho posteriormente adquirido (art. 1.778).

Cada uno de los contrayentes debe prestar aquello a que se obligó, y si se estipuló una pena a quien no cumple la obligación, se deberá también dicha pena como compensación debida por los perjuicios causados por la mora y el moroso deberá además cumplir la prestación principal (art. 1.767). Pero como la transacción es un contrato bilateral le es aplicable la condición resolutoria tácita (art. 1.165); así, que si una parte no cumple la otra puede pedir la resolución.

II. *Compromiso* (1).—La convención por cuya virtud las partes entre las cuales surge o pueda surgir una controversia se conciertan para confiar su decisión al juicio de uno o más árbitros se llama compromiso. La naturaleza jurídica de éste es: contrato cuyo objeto es dirimir una controversia sustituyendo los órganos jurisdiccionales del Estado por un Juez privado, que puede ser un árbitro singular o un colegio arbitral con tal que éste se integre de un número impar de miembros (Código de procedimiento civil, art. 8.º). Porque el Estado, a quien corresponde exclusivamente como atributo de soberanía el organizar la defensa del derecho y el ejercer mediante órganos propios la función jurisdiccional, consiente a los particulares el que éstos sustituyan un Juez público por otro privado, se explica si se atiende a las ventajas que ofrece una institución tendente a re-

(1) Además del tratado citado antes, de Codovilla, véase Amar, *Dei iudici arbitrari*, Turín, 1899; Lessona *Arbitramento* (en *Enc. giur.*); Galante, *Sentenze arbitrari* (en *Dig. it.*); *Natura ed efficacia della sentenze degli arbitri* en *Studi per Fadda VI*, páginas 109 y siguientes); Cagli, *Arbitri e arbitrato* (en *Dir. prat di dir. priv.*); Cognetti De Martiis, *Il Compromesso*, Turín 1908; Fedozzi, *L'arbitrato nel dir. proc. civ.*, Palermo, 1908; Cavasola, *L'elemento formale nel compromesso*, Pisa, 1905.

solver de modo más rápido y con formas más sencillas un litigio; por respeto a la libre voluntad de las partes, se permite que éstas elijan para dirimir un Juez privado, sin que esto implique, sin embargo, abdicación por el Estado de un atributo de su soberanía ni invasión de los particulares en la esfera de atribuciones propia de aquél. Hasta dónde lleguen tales ventajas es cuestión distinta; la práctica diaria muestra cómo el recurrir al arbitraje es frecuentemente origen de controversias complejas y largas (1).

Hay cierta afinidad entre la transacción y el compromiso en cuanto que ambos negocios tienen de común el objeto que es poner fin a una controversia. Pero el objeto específico es profundamente diverso, porque mientras con la transacción se trunca un pleito o se impide que éste surja, mediante el compromiso no se evita el litigio, sino que tan sólo se sustituye la jurisdicción ordinaria por una jurisdicción especial y excepcional. Es, pues, excesiva la identificación de que hacen objeto a ambas instituciones algunos autores, que llegan a llamar al compromiso transacción impropia; cierto que algunas reglas de la transacción son comunes al compromiso, como aquellas que se refieren a la capacidad de las personas y a las limitaciones objetivas, pero la identidad no es absoluta. Aún menos estrecha es la afinidad existente entre el compromiso y la institución procesal de la conciliación, a pesar de que el legislador haya agrupado ambas instituciones en un título preliminar único del Código de procedimiento civil, estimándolas como dos medios preventivos de la contestación judicial. El que se refiera o no la resolución del conflicto a la jurisdicción ordinaria importa poco, ya que la resolución arbitral supone un verdadero y propio juicio e implica que el Estado atribuye al árbitro una propia y verdadera potestad jurisdiccional. Más analogía ofrecen la conciliación y la transacción, puesto

(1) Uno de nuestros más grandes procesalistas, Mortara (*Comm. C. pr. civ.*, III, páginas 36 y siguientes), se ha mostrado constantemente adverso al juicio arbitral, cuyos muchos inconvenientes e inutilidad práctica ha evidenciado; confirma esta opinión la escasa aplicación que este juicio recibe en Italia.

que ambas miran a prevenir el litigio, aunque por modos y con procedimientos diversos; mientras en el de transigir hay siempre una concesión recíproca, la conciliación puede traducirse en la renuncia íntegra que una parte haga de sus pretensiones o en el reconocimiento pleno de la pretensión contraria sin sacrificio alguno o deber de compensación en ésta.

La capacidad requerida para comprometer es la exigida para transigir; precisa, pues, que cada uno pueda libremente disponer de la cosa o del derecho sobre que recae la controversia, y por esto se requiere, en orden a las personas que carecen de tal libertad de disposición, la intervención de sus representantes y la aprobación del compromiso por los medios establecidos para la transacción.

En cuanto a los límites objetivos, puede adoptarse la misma fórmula empleada para la transacción; a ésta se refiere precisamente el Código de procedimiento civil (art. 8.º), para determinar los límites objetivos del compromiso, y declara que no se pueden comprometer las cuestiones de estado, de separación de cónyuges y las demás que no pueden ser objeto de transacción. Todas estas materias quedan sustraídas al juicio arbitral; los árbitros carecen de facultades jurisdiccionales en orden a las mismas, reservadas como están por el legislador exclusivamente a un Juez público. Por tanto, si ocurre que una de estas cuestiones se suscita en el juicio arbitral o surge cualquiera otro incidente relativo a un hecho que puede originar una acción criminal, los árbitros deberán remitir a las partes a presencia de la autoridad judicial y suspender toda decisión hasta que dicha autoridad dicte sentencia firme (Código de procedimiento civil, art. 19).

Finalmente, para que la nueva relación procesal que se establece entre las partes y entre éstas y los árbitros tenga absoluta certeza, la ley exige (como para la transacción) documento escrito, ya en lo referente al compromiso propiamente dicho, ya en lo concerniente a la aceptación de los árbitros (artículos 11 y 13); tal forma, que puede ser documento público o privado, es aquí impuesta con conminatoria de nulidad, al menos por lo que se refiere al compromiso, el cual deberá contener el nombre de las

partes, el de los árbitros y la determinación precisa de la controversia que se sometè a decisión arbitral.

Del compromiso y de su aceptación por los árbitros surge una doble relación con las obligaciones consiguientes. Una que liga a las partes y que es meramente convencional y privada; en virtud de esta relación, cada uno de los contrayentes se obliga, con relación al otro u otros, a supeditar la controversia a la jurisdicción arbitral, de donde deriva la excepción recíproca de incompetencia del fuero ordinario cuando una de las partes, violando la convención, intentase apelar al Magistrado para que resolviera el litigio; la otra relación se establece entre las partes y los árbitros y es de naturaleza privada y procesal al propio tiempo; los árbitros al aceptar contraen la obligación de resolver el litigio y vienen obligados para con las partes como mandatarios, pues mandato les fué conferido por los contrayentes.

Distinta del compromiso es la *clausula compromisoria*. Mientras aquél es una convención que se estipula por causa de una controversia ya surgida que faculta sin más a los árbitros para dirimirla (salvo el requisito de la aceptación), la cláusula es una convención preliminar (frecuentemente un pacto agregado a un contrato) (1), mediante la cual las partes, en previsión de futuras diferencias, se obligan a someter a la decisión arbitral todas o algunas de aquéllas (Código de procedimiento civil, art. 12). Lo que tiene de peculiar la cláusula es que en ella las controversias, como eventuales y futuras, son indeterminadas; constituye propiamente un acto preparatorio del compromiso; pero esto no obstante la relación jurídica, de la que pueden surgir las diferencias, debe ser determinada, sin que valga una cláusula muy general que tienda a sustraer a los Tribunales ordinarios todas las

(1) La cláusula arbitral se halla a veces contenida en los testamentos, pero se discute su validez. En general se cree que es ineficaz, ya que el testador no puede vincular la voluntad de los herederos obligándoles en caso de controversia a renunciar a la garantía de la jurisdicción ordinaria (Mortara, *Comm. C. pr. civ.*, III, pág. 104, n. 89). Algunos la estiman eficaz, como, por ejemplo, Cugusi, *La clausola arbitrale nel testamento* (Telang, 1905, páginas 422, 514 y siguientes); Cogliolo, *La clausola arbitrale nel testamenti* (*Scritti di dir. priv.*, II, páginas 275 y siguientes).

controversias que pudieran surgir entre dos personas como consecuencia de una relación jurídica existente entre las mismas.

Todo lo relativo al modo de designar los árbitros el procedimiento de juzgar, el valor del laudo que emiten, los vínculos que tal laudo produce, son cuestiones que corresponden al derecho procesal (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.—I. Transacción.**—Copia nuestro Código civil la definición del italiano en su art. 1.809, diciendo, como éste textualmente, que la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hablan comenzado.

No hay precepto especial que regule la capacidad para otorgar este contrato; pero el Código señala las incapacidades que confirman el principio de que transigir es enajenar, por más que la transacción es tenida generalmente como acto meramente declarativo. Las incapacidades alcanzan: a los padres respecto de los bienes y derecho de los hijos bajo su potestad, sin obtener aprobación judicial, cuando el valor de aquéllos exceda de 2.000 pesetas (art. 1.810, § 2.º). El tutor, respecto de los derechos de la persona bajo su guarda sin autorización del Consejo de familia pedida por escrito. El Consejo puede oír el dictamen de los Letrados (artículo 1.860, § 1.º); el marido y la mujer respecto de bienes y derechos dotales, sino en los casos y con las formalidades para enajenarlos u obligarlos (art. 1.811); las corporaciones que tengan personalidad jurídica sin los requisitos y en la forma exigida para enajenar bienes (art. 1.812); el menor emancipado sin la asistencia del padre, madre o tutor (art. 1.713). El objeto de la transacción está limitado por el precepto del art. 1.814, que prohíbe transigir sobre el estado civil, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros, siendo admisible la transacción sobre la acción civil procedente del delito (art. 1.813). Pero en ningún caso podrá extenderse a otros objetos que a los expresados determinadamente en ella o que por inducción de las palabras resulten comprendidos, entendiéndose la renuncia general de derechos como la de los referentes a la disputa en la que recayó transacción (art. 1.815).

Tiene la transacción la autoridad de cosa juzgada entre las partes, pero la vía de apremio no procede sino en la transacción judicial (artículo 1.816).

Es nula la transacción en que intervenga error, dolo o violencia o falsedad de documentos, pero no podrá una parte oponer el error de hecho a la otra, siempre que ésta se haya apartado, por la transacción de un pleito comenzado (art. 1.817). No determina la nulidad ni la rescisión la aparición de nuevos documentos si no ha habido mala fe, y puede rescindirse si alguna de las partes ignorase la existencia de una sentencia firme recaída en el asunto de que se apartó por transacción. No produce igual efecto la sentencia revocable que no es causa para atacar la transacción (artículos 1.818 y 1.819).

II. **Compromiso.**—Las normas del Código civil sobre compromisos se reducen a declarar que las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas (art. 1.820), y que es aplicable a los compromisos las reglas respecto a transacción, rigiendo en las demás la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.821).

Esta ley admite dos modalidades (artículos 190 y 827, ley de Enjuiciamiento civil), según los compromisarios sean Letrados y fallen según derecho (árbitros), o legos, y fallen según su leal saber y entender (amigables componedores). Su número ha de ser impar, no mayor de cinco, uno al menos nombrado de acuerdo por las partes (art. 975, ley de Enjuiciamiento civil). El compromiso ha de constar en escritura pública (artículo 793, ley de Enjuiciamiento civil) que debe reunir determinados requisitos, tanto si es de arbitraje (art. 793, ley de Enjuiciamiento civil) como de amigable compromiso (art. 828, ley de Enjuiciamiento civil), y a continuación debe contener la aceptación de los árbitros o amigables componedores (art. 794, ley de Enjuiciamiento civil), desde cuyo momento quedan éstos obligados a cumplir un deber que voluntariamente aceptaron (art. 796, ley de Enjuiciamiento civil).

Cesa el compromiso por voluntad unánime de los que lo contrajeron y por transcurso del tiempo fijado en la escritura, o su prórroga sin dictar sentencia (art. 800, ley de Enjuiciamiento civil).

CAPITULO XXIII

Obligaciones derivadas del cuasi contrato

§ 99.—*El cuasi contrato: concepto y especies*

Brugi, *Ist.*, 60; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 196; Zachariae, *Man.*, II, § 410; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, § 440; Planiol, *Traité*, II, núm. 811 y siguientes (1).

La noción del cuasi contrato puede parecer sencilla a quien se contente con decir—como hacen los más—que se trata de un hecho jurídico semejante al contrato del cual solamente se distingue la falta de consentimiento. Si el consentimiento es el elemento primario, la esencia misma del contrato, no es admisible la analogía entre cosas de las cuales una carece de lo que a la otra es esencial. Por otra parte, decir, por ejemplo, que la gestión de negocios ajenos reproduce en cierto modo el mandato, ya que en ella se gestionan sin previo encargo los asuntos de otro cuyo cuidado se encomienda mediante convención en el mandato o que la repetición de lo indebido imita al mutuo con la diferencia de que la obligación de restitución se funda en un caso en la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto, y en el otro en una entrega que tiende a obligar al accipiente, no es revelar analogía alguna ni profundizar en la esencia del cuasi contrato.

Pero la empresa de fijar el verdadero concepto del cuasi contrato es ardua, porque es y ha sido siempre un concepto

(1) Ramm, *Der Quasi kontrakt nach den Quellen, und sein Wert für Wissenschaft und Gesetzgebung*, Leipzig, 1882; Vizio, *La notion du quasi-contrat*, Burdeos, 1912; Butera, *Quasi contratto* (en *Dig. it.*); Riccobono, *La dottrina delle obbligazioni quasi ex contractu* en el volumen *Dal dir. rom. classico al diritto moderno* (*Annali del Seminario giur. dell Univ. di Palermo*, III-IV, 1917, páginas 263 y siguientes).

vago, indefinido, aun cuando la designación figure tradicionalmente en los esquemas escolásticos y legislativos. Fué desconocido por los jurisconsultos romanos como categoría paralela a la de los contratos: Gayo (III, 91) incluye en la categoría de *obligationes quae re contrahuntur*, al lado del mutuo, la *indebiti repetitio*, pero después de añadir que esta especie de obligación *non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*, no constituye con otras especies afines nueva clase de fuentes de obligación, ya que todas aquellas que no sean un contrato o un delito se deben agrupar en las *varie causarum figure*, heterogéneas entre sí, que completan y cierran el índice de las fuentes sin que sea posible llevarlas a tipos o categorías definidas. Este concepto surge en la época de la decadencia con las escuelas orientales y por su similitud, puesta de relieve por Gayo y confirmada luego siempre (*quasi ex contractu*), llega a constituir una figura nueva, el cuasi contrato, en el que se agrupan varios hechos: la *gestio negotiorum*, la gestión de la tutela y curatela, la *condictio indebiti*, y, en general, las demás *condictiones* fundadas en un enriquecimiento injusto, y la comunidad incidental. Se afirmó la existencia de analogía entre la gestión y el mandato, entre las *condictiones* y el mutuo y entre la *communio incidens* y el contrato de sociedad; y esto bastó a los antiguos autores para caracterizar los hechos que producen aquellas obligaciones como cuasi contratos y para distinguirlas de todos los demás en que la obligación nace de una condición objetiva y en que por ser ésta reconocida por la ordenación jurídica se dice que procede de la ley.

Pero quien bien se fije no hallará entre estos últimos y los primeros una sustancial diferencia, porque también en aquéllos es el ordenamiento jurídico el que crea la obligación asociándola como consecuencia a aquellas condiciones objetivas. Todo, pues, se reduce a un concepto negativo en cuanto que reconociendo como base de la obligación una acción humana, se excluyen los casos en que ésta constituye un hecho ilícito (delito) o un acuerdo de dos o más voluntades (contrato).

El concepto penetra así en la dogmática moderna y en los Códigos de tipo francés (1), sin que sea posible precisarlo o definirlo mejor. La misma definición que nuestro Código contiene (art. 1.140), y que trata de sustituir la determinación negativa por otra positiva, representa un esfuerzo estéril: «el cuasi contrato es un hecho voluntario y lícito, del cual resulta una obligación frente a un tercero o una obligación recíproca entre las partes». Si al hablar de «hecho» se pretende excluir el acuerdo contractual, y al añadir «lícito» se pretende apartar el delito, sólo se da a entender que se trata de un hecho al que el ordenamiento jurídico asocia como efecto el generar una obligación.

Los intentos de muchos civilistas para dar a esta figura híbrida una más sólida consistencia y autonomía propia frente a las demás causas de la obligación, son inadmisibles. Censurable sobre todo es la actitud de aquellos que, seducidos por una analogía funesta para la claridad de los conceptos, afirman—para explicar el fundamento de la obligatoriedad del cuasi contrato—que éste se basa en el consentimiento *tácito* (como si el consentimiento tácitamente manifestado no fuese consentimiento, y, como tal, base de los contratos), o en un consentimiento *presunto* (introduciendo así, mediante una ficción, un elemento que falta, y que, por añadidura, es igualmente el característico de los contratos). Más cerca de la verdad están los autores que fundan aquella obligatoriedad en el enriquecimiento injusto (*nemo locupletari debet cum aliena iactura*) o en los principios de la equidad o de la equidad natural, que prohíben que quien recibe cosas que no le son debidas las retenga para sí, que quien ha cuidado de los negocios ajenos y realizado gastos no pueda exigir del *dominus negotii* la correspondiente indemnización. Ahora bien, si se quiere ser exacto, debe decirse que es la ley la que directamente genera la obligación, ya que la equidad en que se inspiró, sin duda, el legislador, se ha transmutado en una norma positiva de Derecho.

El Código, después de construir una figura general del cuasi

(1) En efecto, tanto el Código alemán como el suizo han excluido el cuasi contrato de entre las fuentes de las obligaciones.

contrato, sólo dos figuras especiales del mismo regula concretamente: la gestión de negocios ajenos (artículos 1.141-1.144) y la repetición de lo indebido (artículos 1.145-1.150). Y aquí surgen nuevas discusiones para dilucidar si son éstas las mismas figuras legalmente admitidas o si se puede—a ejemplo de la tradición romanística—añadir otras, como la comunión incidental, otros casos de repetición, etc. Las consideraciones hechas manifiestan lo estéril de la disputa; la imperfección del esquema legislativo aconseja no destacar otras figuras del campo de las obligaciones *ex lege* para incluirlas en la categoría de los cuasi contratos (1).

§ 100. *Gestión de negocios ajenos*

Pacifici, *Ist.*, IV. pág. 197; Chironi, *Ist.*, § 369; Zachariae, *Man.*, II, § 411; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, § 447; Planiol, *Traite.*, II, números 2.273 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 430-431 (2).

Asumir la administración de un negocio ajeno sin que preceda encargo o sin que constriña a ello una obligación legal, constituye una invasión en la esfera patrimonial ajena, la cual, siendo

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—No ha hecho el Código civil español (artículo 1.887) sino copiar la definición que el italiano (art. 1.140) da de los cuasi contratos, e incluye, como éste, los mismos tipos: Gestión de negocios ajenos y pago de lo indebido, a que llama cobro de lo indebido.

Mucho se ha discutido si solamente debían incluirse estos tipos de cuasi contrato y sobre la causa que ha motivado la no inclusión de otras obligaciones *ex lege*, que tienen idéntico fundamento en altos principios de equidad. Hay que tener en cuenta para resolver esta cuestión que en los Códigos más modernos ha desaparecido el cuasi contrato como fuente de las obligaciones, y que en los aferrados a la tradición romanística tienen lugar más apropiado, fuera del título dedicado al estudio de los cuasi contratos, esos otros actos que, como la *tutela gestio*, la *hereditatis aditio* etc., producen obligaciones como si fueran contratos.

(2) Son muy importantes las siguientes obras: Waechter, *Beiträge zur Lehre der negotiarum gestio* (*Arch. f. c. Pr.*, XX, 1837, páginas 357 y siguientes; Chambon, *Die neg. gestio*, Leipzig, 1848; Rustrat, *Beiträge zur Lehre, e von der neg. gestio* (*Arch. f. die civ. Pr.*, XXXII, páginas 173 y siguientes; XXXIII, páginas 25, 213 y siguientes; XXXIV, páginas 59 y siguientes); Aarons, *Beiträge zur Lehre, etc.*, 1860; Monroy, *Die Vollmachtlose Au übung fruder Vermögensrechte*, Rostock, 1878; Wlassak, *Zur Geschichte der neg. gestio*, Sena, 1879; Pärtsch, *Studien zur negotiarum*

como es cerrada a la ingerencia de extraños, debe ser por todos respetada. Si, por otra parte, este principio se aplicase con todo su rigor, quedaría insatisfecha la exigencia social de que no se perjudique con daño general un patrimonio al que actualmente falta la acción administradora de su titular. El ordenamiento jurídico no puede ni debe prohibir la intervención de terceros ajenos cuando esta intervención sea hecha en ventaja de un patrimonio desprovisto de administración y expuesto por ello a indudables peligros. Ciertamente que hay una ingerencia ilícita, a la que se puede aplicar el dicho de Pomponio (fr. 36, D. 50, 17): *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti*; pero también hay una ingerencia benéfica, y, por tanto, lícita, caracterizada por el espíritu de caridad o beneficencia con que una persona gestiona los negocios ajenos. Por eso la ley, reconociendo su utilidad, establece obligaciones recíprocas entre el gestor y el *dominus negotii* (1).

El cuasi contrato de *negotiorum gestio* supone el que uno o más negocios ajenos sean gestionados por una persona que asume tal gestión de modo espontáneo y lícito; quedan, pues, eliminadas del concepto las gestiones asumidas en virtud de obligaciones impuestas por la ley (por ejemplo, la tutela y la curatela), y aquellas que, habiéndose asumido *animo depraedandi*

gestio, Heidelberg, 1913; Domatget, *Du mandat, de la comm. et de la gestion de'affaires*, 1866; Cogliolo, *Tratt. teor. prat. del' amministr. degli affaire altrui*, Florencia, 1890; Pacchioni, *Tratt. della gest. d'affaire altrui*, Milán, 1917; Brezzo, *Li neamenti di una teoria sui limiti della neg. gestio nel dir. civ.*, Florencia, 1892; Atzeri, *La gestione d'affairi*, Turín, 1904; Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno (Anuali del Seminario giur. dell'Univ. di Palermo, III-IV, 1917, páginas 209 y siguientes)*; *La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel dir. moderno (Riv. dir. comm., 1917, I, páginas 379 y siguientes)*; Cogliolo, *Concetti fondamentali circa la negotiorum gestio* (en *Scritti di dir. priv.*, II, páginas 317 y siguientes).

(1) Este es el motivo que Ulpiano (fr. 1, D. 3-5) reconoce a la aparición del edicto de *negotiiis gestis*: «*Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut vendicationem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committende actionem, vel iniuria rem suam amittant.*», § 1, Inst. 3-27.

constituyen un acto ilícito, que genera por ello obligaciones *delictuales* o *cuasi delictuales*.

Ahora bien, cuando una persona asume la gestión de negocios ajenos, es razonable deducir que el gestor debe desempeñar la gestión cuidadosamente y dar cuenta de su gestión al *dominus negotii*, así como restituir a éste lo que hubiere recibido; por otra parte, el *dominus* debe reembolsar al gestor de los gastos que hubiere hecho y liberado de toda obligación o carga asumidas con ocasión de la gestión.

Pero para que estas obligaciones surjan, la ley exige determinadas condiciones, que constituyen los requisitos de la *negotiorum gestio*.

a) Precisa, ante todo, uno o más actos de gestión; todo negocio jurídico, tenga o no contenido patrimonial, es susceptible de gestión, siempre que pueda ser administrado o actuado por persona distinta de su titular. Lo serán, pues, las adquisiciones o enajenaciones de cosas, de derechos reales, de créditos, pagos u otros modos de extinguir las obligaciones.

b) El negocio debe ser ajeno; en efecto, en un negocio que fuera propio del gestor, éste no podría obligar a un tercero a quien no afectase el negocio; si el negocio es, en parte, propio y en parte ajeno, la gestión se referirá únicamente a la parte que es ajena. Precisa, pues, que haya una relación efectiva entre el negocio gestionado y el *dominus* para que concorra este carácter de ajeno; no influye en éste el error eventual del gestor respecto a la persona del *dominus* como en el caso en que el gestor haya creído que el negocio pertenecía a persona diversa. Pero esta pertenencia no debe entenderse necesariamente actual; junto a los negocios que ya pertenecen a otro en cuanto que se refieren a cosas, a bienes, a relaciones jurídicas de que otro es titular, figuran también aquellos negocios que, estipulándose en nombre y por cuenta de otro, crearan la materia propia de una relación de pertenencia ajena.

c) En el gestor se requiere, además de la voluntaria asunción del negocio, la intención de gestionar un negocio ajeno (*contemplatio domini*), o sea el ánimo de administrar por cuenta

de otro a quien se requiere atribuir el efecto útil de la gestión y obligarle en el negocio gestionado. Este es el llamado *animus alicui negotia gerendi*, que constituye el elemento más característico de toda la relación, y que distingue ésta de los demás actos de gestión no productivos de las consecuencias jurídicas propias del cuasi contrato (1). Si, en efecto, una persona asume un negocio ajeno, pero que lo cree propio, o lo asume con intención de aprovecharse de las ventajas de la gestión (*animo depraedandi*) o lo asume con la intención de no obligar al *dominus* (*animo donandi*), no se producirán una u otra de las consecuencias que, según la ley, son propias del cuasi contrato (obligación del gestor de continuar la administración en el primer caso, licitud de la gestión en el segundo y responsabilidad del *dominus* en el último) y no podrá hablarse de *negotiorum gestio*. Algunos hablan en tales casos de *gestión impropia*, admitiendo que se dan total o parcialmente los efectos propios de la *neg. gestio*, no obstante el defecto de tal *animus*, característico de la relación. Lo cierto es que, al imponer obligaciones el art. 1.141, a quien voluntariamente asume el negocio ajeno, el adverbio *voluntariamente* no sólo excluye los casos de *asunción*, en virtud de una obligación precedente legal o convencional, sino que exige también la voluntad en el gestor de administrar negocios que sabe no le pertenecen (aun ignorando quien sea su verdadero titular) y de gestionarlos por cuenta y en interés ajeno. Hay que someter a las reglas propias de la donación las gestiones hechas *animo donandi*, y a las propias de los actos ilícitos las gestiones hechas *animo depraedandi*; a la gestión asumida por error deberán aplicarse los principios del enriquecimiento injusto. De aquí deriva la conclusión—no suscrita por todos los autores, los cuales discrepan mucho sobre este punto e incluso sobre la exigencia de un *a. aliena neg. gerendi* como requisito del cuasi contrato (2)—, de que en todos estos casos, no habiendo, como no

(1) Véase Riccobono, *Dal dir. rom. classico al dir. moderno*, páginas 221 y siguientes.

(2) Atzeri, *op. cit.*, páginas 156 y siguientes; Pacchioni, *op. cit.* páginas 376 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, pág. 322, núm. 7; Cogliolo en *Scritti di dir. priv.*, II, pág. 327.

hay, cuasi contrato, el gestor y el *dominus* resultarán obligados por virtud de principios diversos. El gestor vendrá obligado para con el *dominus*, respectivamente, como donante, como autor de un acto ilícito o por efecto del simple enriquecimiento, y, por su parte, el *dominus* responderá por la *actio de in rem verso* en los límites del enriquecimiento, es decir, hasta concurrencia del provecho causado a su patrimonio; en la gestión *animo donandi* el gestor no puede repetir los gastos hechos por el *dominus*.

d) Si además de este *animus* del gestor se requiere también la ignorancia del *dominus*, es cuestión muy debatida (1). Los autores que la exigen parten del supuesto de que el conocimiento que tenga el interesado de la gestión asumida por un tercero transforma el cuasi contrato en mandato, considerándose como un encargo tácitamente conferido. Pero no toda especie de conocimiento de este hecho puede interpretarse como manifestación tácita de voluntad, debiendo rechazarse, por tanto, el requisito que la gestión se asuma *in scio domino*, manteniéndose el principio según el cual las reglas aplicables son las propias del cuasi contrato, salvo el caso en que la *scientia* deba interpretarse como consentimiento.

Distinta es la solución en el caso de que la gestión haya sido asumida contra la prohibición del interesado.

Parece, a primera vista, que, en tal caso, el gestor no sólo debe responder del acto ilícito, ya que invadió arbitrariamente la esfera patrimonial ajena sin hacer caso de la prohibición del interesado, sino que ni siquiera puede repetir los gastos que hubiere hecho como pena impuesta a su ilegítima conducta. Así resolvió Justiniano esta cuestión (l. 24, c. 2, 18 [19]), y así también la resuelve algún jurista moderno. Creemos que, si bien debe ser mantenida la primera consecuencia y hacer al gestor responsable de todo daño, no se puede, en cambio, mantener la segunda y negar al gestor *prohibente domino* la acción de *in rem*

(1) Zachariae, *Man.*, II, § 411, núm. 2; Venzi en Pacifici, *Ist.* I, página 326, núm. 2.

verso para obtener el reembolso de los gastos con que se ha enriquecido el patrimonio del dueño (1).

En cuanto a la capacidad de las partes, se entiende que el gestor, para obligar al interesado por razón de la *gestio*, debe ser persona capaz, dada la necesidad del *animus*, y, por tanto, de una voluntad y de una consciencia determinadas; siendo incapaz, no obligaría al interesado más que en los límites del enriquecimiento (2). Puede muy bien el *dominus* ser incapaz, ya que no se exige de él ningún acto o declaración de voluntad, y para obligarle basta con el elemento objetivo de la *utiliter gestium*.

Cumplidos estos supuestos, la gestión origina obligaciones en una y en otra parte.

A. *Obligaciones del gestor.*

a) Está obligado a desplegar en la gestión la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.143), ateniéndose a este criterio: hacer lo que el interesado mismo habría hecho, pero sin que esto constituya un límite absoluto a su actividad. Cuando no se emplee esta diligencia, será responsable de los perjuicios causados; la Autoridad judicial podrá, sin embargo, moderar la valoración de los perjuicios derivados de culpa en el gestor, teniendo en cuenta las circunstancias que indujeron a éste a asumir la gestión (art. 1.143).

b) Debe proseguir la gestión comenzada y conducirla a su término hasta que el interesado se halle en situación de proveer por sí mismo (art. 1.141), o si éste hubiere muerto, hasta que el heredero pueda asumir la gestión (art. 1.142). En su gestión resultará obligado por las consecuencias del negocio y por los deberes que tendría si hubiese mediado mandato (art. 1.141), en otros términos: en este respecto es considerado como mandatario.

c) Está obligado a restituir al interesado todo lo que hubie-

(1) Atzeri, *op. cit.*, páginas 310 y siguientes; Pacchioni, *op. cit.*, número 521; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 327, números a a; Scialoja, *Della neg. gestio prohibente domino (Foro it.*, 1889, pág. 941).

(2) Véase Pacchioni, *Nuovi Studi sulla neg. gestio (Riv. dir. comm.*, 1914, páginas 835 y siguientes).

re recibido por efecto de la gestión y a rendir cuentas de ésta, respondiendo no sólo de las cosas y sumas recibidas, sino también de los intereses percibidos o de los que hubiera podido percibir, empleando tales sumas según el criterio de una sana administración.

B. *Obligaciones del interesado.*

a) Cuando el negocio hubiere sido bien administrado, corresponde a su vez al gestor un crédito contra el *dominus* para ser reembolsado de todos los gastos necesarios y útiles hechos en provecho del patrimonio ajeno, así como sus intereses, desde el día en que se hubieren efectuado (art. 1.144). Requisito para la existencia de este crédito es que el negocio se haya realizado de modo ventajoso para el interesado (*utiliter gestum*). Para resolver si la *utilitas* de la gestión se da o no, se debe atender al momento en que tuvo lugar, no al resultado final; basta, pues, la utilidad inicial (*utiliter coeptum*), porque aunque luego no hubiera ventaja alguna, no se podría decir que el gestor gestionó sin provecho para el *dominus* (1). Sin embargo, no se dan aquí razones que justifiquen la atribución de un crédito por honorarios.

b) En igual supuesto el interesado debe cumplir las obligaciones contraídas en su nombre por el gestor y relevar a éste de las que personalmente asumiera (art. 1.144) (2).

(1) Pacchioni, *Il requisito dell'utiliter coeptum* (*Riv. dir. comm.*, 1911, página 835; *ib.*, 1916, II, pág. 220).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — La gestión de negocios ajenos, cuyas características no hemos de repetir, produce obligaciones análogas a las del mandato, tanto es así que hay autores que a continuación de este contrato la estudian y nuestro Código civil dignifica esa analogía al declarar que la ratificación a los actos del gestor por el dueño produce los efectos del mandato expreso (art. 1.892).

El acto que determina el nacimiento de las obligaciones es la intervención en el patrimonio ajeno abandonado con ánimo de gestionar. Por él queda el agente obligado a desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia (artículos 1.889 del Código civil español y 1.143 del Código civil italiano) y a continuar actuando hasta el término del negocio y sus incidencias o a requerir al interesado que le sustituya en la gestión si pudiera hacerlo por sí (artículos 1.888 del Código civil español y 1.141 del Código civil italiano), de la cual habrá de rendir cuentas

Puede el gestor delegar en otra persona los deberes de su cargo, pero

§ 101.—*Repetición de lo indebido*

Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 204; Chironi, *Ist.*, II, pág. 370; Zachariae, *Man.*, II, §§ 412-412 a; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 442, 446 bis; Planiol, *Traité.*, II, números 835, 932 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, §§ 421-429 (1).

La repetición de lo indebido pertenece al concepto más amplio del enriquecimiento *sin causa* (2); supone un pago hecho

responderá de los actos del delegado sin perjuicio de la responsabilidad de éste frente al *dominus negotii* (art. 1890 del Código civil español).

La responsabilidad es solidaria cuando son varios (art. 1890, § 2.º, del Código civil español); le alcanza al gestor, por incumplimiento de las obligaciones señaladas; pero en el caso de no gestionar como un buen padre de familia, puede el Tribunal moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso (artículos 1889 español y 1.143 del Código civil italiano), extendiéndose hasta responder del caso fortuito cuando acometiese operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese la costumbre de hacer o pospusiere el interés de éste al suyo (art. 1891 del Código civil español).

Por su parte el dueño es responsable frente al gestor de las obligaciones por éste contraídas más sus intereses y de los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y de los perjuicios que hubiese sufrido, siendo indiferente que de la gestión resulte o no provecho si hubiera tenido por objeto el evitar un daño (artículos 1893 del Código civil español y 1.144 del Código civil italiano).

Nuestro Código señala dos casos específicos de gestión: el pago de alimentos a una persona por otra no obligada a darlos cuando conste no lo hizo por oficio de piedad y sin ánimo de reclamación, y la satisfacción de gastos funerarios, aunque el difunto no hubiese dejado bienes. En ambos casos queda obligado el que ha de prestar los alimentos (artículo 1894).

(1) Christiansen, *Zur Lehre von der naturalis obligatio und der conditio indebiti*, 1844; Erxleben *Die indebiti conditio*, Leipzig, 1850; Renaud, *Zur Lehre von der Rückforderung einer irrthümlich bezahltem Nichtschuld* (*Arch. f. civ. Pr.*, XXIX, 1846, páginas 147, 428 y siguientes); Zimmermann, *Beiträge zur Theorie der conditio indebiti*, Giessen, 1869; Chambon, *Du payement indu*, Paris, 1869; Campogrande, *Conditio indebiti* (en *Dig. it.*); Longo, *Dell'onere della prova nella cond. indeb.* (*Arch. giur.*, XXXVIII, 1887, pág. 411); Namias, *Contrib. alla teoria della ripet. dell'indebito* (*ib.* XLV, 1890, páginas 84 y siguientes); De Pirro, *Teoria della ripet. dell'indebito*. Città di Castello, 1892.

to, *Natura giur. e fondamento della ripetizione dell'indebito nel dir. civ. it.* (*Riv. dir. civ.*, XI, páginas 1, 145 y siguientes), donde se analiza agudamente la sustitución.

(2) Sobre el enriquecimiento injusto o sin causa como concepto general y sobre las defensas para evitarlo (acción general de enriqueci-

sin existir vínculo obligatorio o existiendo éste, pero pudiendo ser paralizado en su eficacia, con excepciones y defensas. Que el vínculo no exista, o que, existiendo, vincule a personas distintas, es indiferente para el caso en que el deudor pague a persona distinta de su acreedor o en que el acreedor exija el pago de un tercero que no sea el deudor ni pague en nombre de éste; en estos casos, el *solvens* y el *accipiens* no aparecen unidos por aquel vínculo que puede ser solamente causa o justificación de una *solutio* (1).

Ahora bien, cuando una persona recibe de otra cosa que no le es debida por quien paga, surge entre las partes una obligación que no se basa en el acuerdo de voluntades ni en acto ilícito; la dogmática tradicional declara esta relación basada en el cuasi contrato: quien recibió la cosa está obligado a restituirla para reintegrar al patrimonio del *solvens* empobrecido sin causa, como se enriqueció sin causa también el *accipiens*. Por eso se atribuye al primero una acción contra el segundo, la llamada *condictio in debiti*, que no es—en Derecho romano—sino una de las varias *conditiones sine causa*, con las que se tiende a destruir un enriquecimiento injusto; la *condictio ob causam datorum* en que se supone un hecho futuro que no se efectúa, en que se dé algo en vista de una contraprestación futura que luego no se realiza; la *cond. ob. causam finitam*, que hace referencia a un hecho pretérito, realizándose una prestación sobre la base de una relación jurídica que ha cesado ya; la *cond. indebiti*, en que la prestación se refiere al presente, realizándose en pago de una obligación inexistente; la *cond. ob. turpem vel iniustam causam*, en que

miento y acciones especiales para casos determinados), así como sobre los requisitos y supuestos del enriquecimiento en el Derecho civil italiano y demás positivos. véase Scuto, *L'ingiustificato arricchimento* (*Annali Univ Perugia*, VIII, páginas 260 y siguientes); *L'oggetto dell'azione di ingiustificato arricchimento* (en *Studi per Simoncelli*, páginas 525 y siguientes); Von Tour, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* (en los *Studi per Bekker Vergniaud L'enrichissement sans cause*, París, 1816).

(1) Ver Paulo, fr. 65, § 9. D. 12, 6: «*Indebitum est nontantum, quod omnino non debetur sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debeat alius quasi ipse debeat solvat*».

la causa en virtud de la cual se realiza la prestación es reprobable o contraria a las buenas costumbres.

La razón de la repetición radica en el injusto enriquecimiento que se produciría en un patrimonio a expensas del otro, si éste careciese de acción para pedir la restitución. El requisito fundamental para que la repetición se admita es el error del *solvens*; éste debe haber pagado con el fin de extinguir una obligación, por tanto, creyendo en la existencia de un débito y en el deber de realizar la prestación. Puede el error ser excusable e inexcusable, de hecho o de derecho, pero esto es indiferente; la repetición se admite siempre porque la *solutio*, siendo válida en sí y por sí (como negocio jurídico causal que es reconoce por causa el *animus solvendi*, y este *animus* se da también en el pago de lo indebido), enlazada con su causa remota (la existencia de una obligación que hay que extinguir), produce un enriquecimiento injustificado y no puede ser mantenida. Así el art. 1.146, sin distinguir especies de error, dice: «Quien creyéndose deudor erróneamente paga el débito, tiene una acción de repetición contra el acreedor».

Se excluye la *repetitio* siempre que el *solvens* sabe que no es deudor; el conocimiento de la inexistencia del débito hace irrevocable la prestación efectuada, no ya porque con el pago hecho conscientemente se atribuya a la *solutio* aquella causa remota que le faltaba (la existencia de un débito), sino porque esta causa que falta es substituída por una nueva y apta para producir una atribución patrimonial irrevocable: el ánimo o intención liberal. En otros términos, la prestación queda firme e irrepetible, no como *solutio*, sino como donación o liberalidad: *Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est* (1).

Conserva, en cambio, su carácter de *solutio* si se hace para extinguir una obligación natural, ya que ésta, como la civil, es un vínculo jurídico y no puede hablarse de *animus donandi*. Tampoco en este caso tiene trascendencia alguna la consciencia

(1) Fr. 53, D. 50. 17; también fr. 1, § 1 D. 12. 6: *Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per tranc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.*

• el error; el deudor natural que paga padeciendo error respecto a la naturaleza del vínculo creyendo que podía ser constreñido al pago, carece de *repetitio* lo mismo que quien paga conscientemente; como afirmamos en otro lugar, contra la opinión dominante en las obligaciones naturales no es aplicable el art. 1.146, y, en cambio, lo es el principio, según el cual la *solutio*, para ser repetida, ha debido hacerse sin ánimo liberal (art. 1.237).

Por lo tanto, lo decisivo (si se prescinde de las obligaciones naturales) es el error de quien paga: en el accipiente no es exigido este error, porque tan obligado está a restituir quien por error recibe lo que no le era debido, como el que sabe que no es acreedor o no lo es del *solvens* (art. 1.145). Si es verdad que la ley toma en consideración la buena o mala fe, ello no es para admitir o excluir la *repetitio*, sino para determinar diversamente la responsabilidad. Sólo en un caso de buena fe en el accipiente puede cesar el derecho de repetición, y este caso es aquel en que el accipiente, siendo realmente acreedor, aunque no del *solvens*, inutiliza el título y cancela las garantías de buena fe como quiera que las consecuencias de este error no pueden hacerse recaer en el accipiente, queda firme el pago, si bien con objeto de restablecer el perturbado equilibrio patrimonial se otorgue al *solvens* acción de reembolso contra el verdadero deudor, que de otro modo resultaría injustamente enriquecido (1).

Dándose el triple requisito (pago efectivo, defecto de obligación y error del *solvens*), corresponderá la acción en repetición a quien pagó o a sus herederos contra quien recibió el pago y los suyos. Son, pues, distintas las consecuencias de la acción, según que el accipiente proceda o no de buena fe.

Dirigiéndose la acción contra el accipiente, deberá éste restituir la cosa en especie si aún subsiste e íntegramente (artículo 1.148) y restituirla con todos los frutos y los intereses desde el día en que tuvo lugar el pago si la recibió de mala fe; si hu-

(1) Se discute si se trata de una subrogación en los derechos del acreedor o de una *actio de in rem verso* o de *actio negotiorum gestorum*: Venezian, *Azione di regresso da pagamento indebito* (Op. Giur., I, páginas 583 y siguientes).

biere procedido de mala fe, los frutos adquiridos hasta que tiene lugar la demanda pertenecen al accipiente (art. 1.147). Si la cosa no subsiste ya o se halla deteriorada, estará obligado si procedió de buena fe a restituir solamente aquello en que resulte aumentado su patrimonio; por tanto, si la hubiere rendido restituirá el precio percibido o cederá la acción para exigirlo (art. 1.149). Si obró de mala fe responderá mitadamente y deberá abonar su valor aunque la pérdida o el deterioro hubieren sido causados por caso fortuito (art. 1.148).

Contra los terceros que hubieren adquirido la cosa del accipiente, no es ejercitable la acción; ésta es de naturaleza personal y no puede ser eficaz contra terceros. Pero esto es cierto cuando se trata de terceros de buena fe; cuando sean de mala fe, la repetición es también ejercitable contra ellos.

En todo caso, al *solvens* que repite y a quien se restituye la cosa, incumbe la obligación de reembolsar al poseedor, ya sea éste de buena o de mala fe, los gastos hechos para la conservación de la cosa, así como los útiles, pudiendo optar respecto a éstos por abonar la suma menor entre lo realmente gastado y lo mejorado (1).

(1) Los demás casos de enriquecimiento injusto fundados en la falta o ilicitud de la causa y protegidos por las restantes *condictiones* antes enumeradas, no figuran propiamente (según el esquema legislativo) en la categoría de los cuasi contratos. Pueden ser afines al caso de la *solutio indebiti* y regirse por normas análogas; pero difieren. Difieren si se admite que la dación de una cosa, asociada como a su causa inmediata a la obligación que la determina, es nula si es nula la obligación; así, pues, aplicando el principio general establecido en el art. 1.119, según el cual la obligación sin causa o fundada en una causa falsa o ilícita no puede producir efecto alguno, habrá que concluir que la dación, no pudiendo producir el efecto de una adquisición en favor del accipiente, conserva la propiedad de la cosa en quien la dió. De esto deriva que puesto que la *condictio* supone verificada la adquisición, cuando ésta no se verifica, no se puede hablar de *condictio*, sino de *reivindicatio*. El *dans* podrá reivindicar sin más la cosa dada, la cual por radical nulidad de la relación no se transfiere al *accipiens*. Esto ofrece excepcional interés en los casos de obligación fundada en una causa torpe ilícita. Véase Zachariae, *Man.*, II, pág.

it., 1897. I, pág. 571; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 336; Dernburg, *Das, burg. Recht.*, II, 2, § 379, pág. 687. Ved también pág. 263, n. 2.

NOTA DEL TRADUCTOR.—De idéntico origen y doctrina coincidente a las del Código civil italiano las normas que, en el Código civil español, regulan este cuasi contrato, al que denomina cobro de lo indebido, las siguientes:

Afirmada en el art. 1.895 la obligación de restituir en el que recibe una cosa que en pago indebidamente y por error le es satisfecha (artículo 1.145 del Código civil italiano), desarrolla la responsabilidad del accipiens según obre de buena o mala fe.

Si obra de buena fe, responderá de las desmejoras o pérdidas de la cosa y de sus accesiones; si con ellas se enriqueció y la hubiere enajenado, deberá restituir el precio o ceder las acciones para hacerlo efectivo (artículos 1.897 del Código civil español y 1.149 del Código civil italiano). Si obrase de mala fe deberá abonar intereses o devolver los frutos percibidos o debidos percibir, y responderá de los menoscabos, cualquiera que sea la causa que los origine, y de los perjuicios que se irroguen al que la entregó hasta que la recobre (artículos 1.896 del Código civil español y 1.148 del Código civil italiano). Difieren ambos Códigos en la solución que dan al caso fortuito, cuando sea causa eficiente de los daños en la cosa, que no ha de prestarse, según el español (art. 1.896) cuando hubieren podido afectar del mismo modo a las cosas, hallándose en poder del que las entregó, mientras que, según el italiano, ha de prestarse siempre.

Hay un caso en que no viene obligado a restituir el accipiens y es cuando, creyendo de buena fe que se le satisfacía un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, dejado prescribir las acciones, abandonado las prendas o cancelado las garantías de su derecho, naciendo entonces acción en favor del que pagó frente al verdadero deudor o de los fiadores respecto de los que las acciones continuasen vivas (artículo 1.899)

Por su parte el accipiens tiene respecto a gastos o mejoras hechas en la cosa que recibió, los mismos derechos que el poseedor (art. 1.898 del Código civil español).

Contiene además el Código español una regla en cuanto a prueba y otra fijando una presunción

La primera es que al que dice haber hecho el pago o sufrido el error corresponde probarlo, salvo que aquél se niegue, en cuyo caso queda exento de toda otra prueba, no limitándose por ello el derecho del accipiens para justificar que le era debido lo que se supone que recibió (artículo 1.900)

La presunción establecida en nuestro Código (art. 1.901) del error en el pago cuando se entregó cosa nunca debida o ya pagada; pero como es *juris tantum*, admite prueba en contrario, o sea que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa.

CAPITULO XXIV

Obligaciones procedentes de delito y de quasi delito

§ 102.—*Noción y consecuencias del acto ilícito*

Brugi, *Ist.*, § 61; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 216; Chironi, *Ist.*, II, §§ 371-373; Zachariae *Man.*, II, §§ 413-418; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 443-448; Planiol, *Traité*, II, números 862 y siguientes, 939 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 451-472 (1)

Concepto.—Todo comportamiento de una persona que lesione injustamente la esfera jurídica ajena constituye un acto ilícito y esta esfera jurídica se lesiona por quien hallándose vinculado a otro por una obligación no cumple ésta y por quien sin estar

(1) Ferrini, *Delitti e quasi delitti* (en *Dig. it.*); *Danni* (en *Enc. Giur.*); *Obbligazione* (ib.), páginas 757 y siguientes; Chironi, *La colpa extracontractuale*, Turín, 1906; Brunetti, *Il delitto civile*, Florencia, 1916; Ninozzi, *Responsabilità e colpa*, (en *Studi per Pessina*, páginas 394 y siguientes); Venezian, *Responsabilità civile diretta e indiretta* (*Arch. Giur.*, 1898, páginas 135 y siguientes); Nandioli, *Studi sul diritto civile*, Voghera, 1918; Palazzo, *Obbligazioni quasi exdelicto*, Parma, 1919; Sourdat, *Traité de la responsabilité*, París, 1902; Jung, *Delikt und Schadenverursachung*, 1897; Barret-Lagarenne, *De la responsabilité du fait d'antrui en matière de délits et de quasi-délits*, 1886; Liszt, *Die Delikts obligationen des B. G. B.*, 1898; Rotondi, *Dalla lex Aquilia all art. 1.151 C. civ. Ricerche storico dogmatiche* (*Riv. dir. comm.*, 1917, I, páginas 236 y siguientes. Sobre la responsabilidad por daños causados por cosas o animales, ved Barassi, *Contrib. alla teoria della respons. per fatto non proprio, in isp. modo a mezzo di animali* (*Riv. it. p. la sc. giur.*, XXIII, 1897, páginas 325 y siguientes) y en *Riv. dir. comm.*, 1915, II, páginas 765 y siguientes); Giannini, *Della respons. del proprietario per i danni conseguiti dalla rovina di un edificio* (*Arch. Giur.*, LXII, 1896, páginas 321 y siguientes); Isay, *Die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für seine Thiere* (*Ferri's Jahrb.*, XXXIX, 1893, páginas 209 y siguientes).

vinculado por obligación alguna vulnera el derecho de una persona violando el precepto general que prohíbe atentar a los derechos ajenos. Las lesiones de la primera especie (culpa contractual) figuran en la doctrina del incumplimiento de las obligaciones, estudiada ya en su lugar oportuno; las de la segunda (culpa aquiliana o extra contractual) son ellas mismas fuentes de obligaciones y originan en los autores del acto la obligación de reparar el daño; a éstas se aplica esencialmente el nombre de acto ilícito. Según la tradicional doctrina romanística, el acto ilícito en sentido estricto es un delito o un cuasi delito; pero el concepto de delito y de cuasi delito no es ya el concepto romano, aun cuando éste se inspire en el Código civil al catalogar las fuentes de las obligaciones (1).

Para fijar el concepto de delito se puede repetir aquí cuanto se dijo ya en lo concerniente a la relación entre el concepto romano y el moderno. Los romanos carecen de una noción abstracta y general del contrato y sólo conocen sus figuras concretas y lo mismo puede decirse con respecto al delito. Al distinguir los delitos públicos de los privados, según que la pena con que se sancionaba el acto ilícito se impusiese en interés del Estado y tuviese carácter público o fuese privada y se estableciese en provecho de la persona ofendida, los romanos no aplicaban la denominación de delito (en el campo del Derecho privado) a todo acto ilícito lesivo de un derecho ajeno, sino solamente a algunos hechos generadores de la obligación de reparar el daño causado; delitos privados son: el hurto, la rapiña, el *damnum iniuria datum*, la *iniuria*, es decir, figuras concretas y específicas de lesiones. Hay también, al lado de las acciones que derivan de estos actos, otros remedios más generales otorgados al perjudicado por el acto ilícito que no figuran en las especies citadas; así, la *a. doli* que se da para todo caso de conducta

(1) El Código civil alemán ha suprimido acertadamente las categorías de delitos y cuasi delitos, sustituyéndolas por la de acto ilícito (§§ 823 y siguientes), resolviendo de este modo las discusiones que en torno a este tema surgen en nuestra doctrina y en la francesa, a las que hacemos referencia en el texto. Lo mismo hace el Código suizo (art. 41).

dolosa. Pero la laguna que deja aquella incompleta enumeración de los delitos no pudo ser colmada (1) por faltar una idea abstracta y general del delito.

En el Derecho moderno, en cambio, esta noción general ha sustituido a aquélla restringida. El delito es una categoría abstracta en la que se incluye toda especie de acto injusto y lesivo, siempre que sea imputable y se haya realizado con la intención de causar daño a otro. Muy amplia es, en efecto, la fórmula del artículo 1.151 que enuncia el principio universal de la responsabilidad por todo acto voluntario y lesivo. «Cualquiera hecho del hombre que causa daño a otro obliga a la persona culpable de su acaecimiento a resarcir el daño». Culpa en sentido lato es toda conducta injusta, ya consista en un acto positivo (comisión) o negativo (omisión), ya sea un acto realizado con el propósito de perjudicar a otro y de violar su esfera jurídica, ya sea un acto realizado sin propósito, consistente en una negligencia. Comprende, pues, el dolo y la culpa en sentido técnico y sólo exige que el acto o hecho sean imputables a la persona; los dos requisitos fundamentales para que haya responsabilidad, son, de una parte, la imputabilidad del hecho; de otra, un daño causado.

No menos profunda es la diferencia que separa la concepción romana del cuasi delito de la moderna. Tampoco de éste conocen los romanos más que figuras concretas y específicas; nace *quasi ex delicto*, la obligación, en el caso de *positum et suspensum*, de *effusum et deiectum*, de hurto y daño en las cosas pertenecientes a los viajeros en la nave o en la posada del *judex qui litem suam fecit*. Se trata casi siempre de casos en los que alguien es llamado a responder del hecho o actos ajenos no del propio, como ocurre en los primeras tres especies, en las que el inquilino o el dueño de la nave o de la posada responde del daño causado por la caída del objeto suspendido o arrojado cualquiera que sea el autor y del hurto cometido o daño causado por los dependientes o terceros en las cosas de los viajeros sin que se requiera indagar si el dueño o inquilino son o no culpables. Excepcionalmente, como en el caso del Juez se trata de

(1) Ferrini, *Pand.*, § 591.

una hipótesis en que se responde del hecho propio, pero de un hecho o acto culposo, no doloso, porque el Juez viene obligado a resarcir el perjuicio cuando por error o negligencia dicta una sentencia injusta. Ahora bien, el Derecho moderno ha sustituido los tipos concretos del cuasi delito por un concepto general y abstracto del mismo. Pero cuál sea este concepto y cuál el criterio distintivo entre delito y cuasi delito, es materia debatida entre los civilistas, y de este debate (por lo demás, poco importa, dada la semejanza de la responsabilidad que deriva de uno y otro) es causa la desgraciada formulación de los artículos 1.151 y siguientes que regulan toda la materia, que sientan como suelta la noción, sin decir lo que el legislador entiende por delito y por casi delito.

Asociándose a la concepción romana (o a lo que parece haber sido la prevalente concepción romana), afirman algunos que hay cuasi delito siempre que se responde por un hecho ajeno; delito, en cambio, sería todo hecho ilícito propio de quien es llamado a responder del mismo, ya consista aquél en un comportamiento doloso o culposo, es decir, en un hecho querido con la intención de causar un daño a otro o simplemente en una negligencia. Según esto, serían cuasi delitos los casos de responsabilidad por un hecho ajeno, aquellos en que alguien resulta obligado por el hecho de una persona que le está sometida o que depende de él, y también por los perjuicios causados por un animal que le pertenece o por un inmueble propio, en otros términos, los casos a que se refieren los delitos los demás hechos ilícitos propios (1). Otros, corrigiendo la anterior doctrina, incluyen en el campo del delito los casos de responsabilidad por un hecho ajeno, y en el de cuasi delito los de responsabilidad derivada, no de causa humana, sino de hechos de animales o cosas inanimadas; el delito comprende, pues, tanto los hechos dolosos, cuanto los culposos, tanto el hecho propio, cuanto el ajeno; en otros términos, abarca todos los hechos humanos (2).

(1) Así, por ejemplo, Zachariae, *Man*, II, páginas 750 y 762.

(2) Ferrini, *Obbligazioni*, pág. 767.

Pero la doctrina más difundida y autorizada rechaza estas ideas como extrañas a los compiladores del Código francés y especialmente a su inspirador (Pothier), y hace radicar el criterio de distinción en el elemento de la culpa o del dolo. Delito es el hecho dañoso imputable, voluntario y realizado con la deliberada intención de causar un perjuicio o de violar un derecho ajeno (dolo); cuasi delito es también el hecho voluntario e imputable, pero que realizándose sin intención de causar daño, entraña una negligencia, es decir, un no haber previsto las consecuencias dañosas de la propia conducta (culpa en sentido técnico). Por otra parte, como al lado de la responsabilidad directa (por hecho ajeno o por hecho de cosas o animales propios) y esta última responsabilidad supone en definitiva una culpa (por no haber vigilado debidamente a la persona dependiente, por no haber custodiado bien el animal o por no haber reparado oportunamente el edificio), el ámbito del cuasi delito se ensancha, figurando en él los hechos lesivos propios (culposos) y los hechos lesivos de terceros, de los animales y de las cosas inanimadas.

Con estos criterios legislativos (aunque desde el punto de vista científico ns estén exentos de críticas) han de interpretarse el art. 1.151 y siguientes de nuestro Código. El primero con su amplia fórmula abraza todos los hechos humanos dolosos y culposos, pero sólo los propios; se refiere, pues, a los delitos y a los cuasi delitos. El art. 1.152, declarando a toda persona responsable del daño causado, no sólo por un hecho propio, sino también por la propia negligencia o imprudencia, aclara algo el contenido del precedente y da a entender que se responde del dolo o de la culpa (negligencia o imprudencia); recoge, pues, en el precepto delitos y cuasi delitos. A esta primera categoría de hechos propios, los artículos 1.153-1.155 contraponen los hechos dañosos ajenos, equiparando a éstos los perjuicios de las cosas que se tienen en custodia; es decir, a la responsabilidad directa oponen la indirecta. Esta última es la segunda especie o categoría de cuasi delitos que con la de los hechos propios culposos agota el contenido de aquéllos. Y si (es innegable) la res-

ponsabilidad por daños causados por los animales o por un edificio, es una responsabilidad que no deriva de la culpa, porque el propietario

la custodia o en la reparación sólo por el hecho de ser propietario, si se da aquí más bien una responsabilidad objetiva *ex re*, siendo, por tanto, inaplicable a ella el concepto de cuasi delito, la inclusión de estos casos en el campo propio del cuasi delito, en el que domina la idea de culpa, es explicable si se tienen en cuenta las concepciones tradicionales de los compiladores del Código francés, que creían en una culpa presunta, con presunción *iuris et de iure*; responde a una idea más moderna la responsabilidad objetiva impuesta por la ley, en razón de la relación de propiedad sobre la cosa o de la relación de hecho asimilada a la anterior.

Requisitos.—Prescindiendo ahora de sus diferencias, la noción precisa del delito y del cuasi delito exige que se distingan éstos claramente de cualquiera otra violación del derecho ajeno, que se separen el delito civil y el penal, que se fijen sus requisitos esenciales.

a) No toda violación del derecho ajeno es delito.

Viola, ciertamente, mi derecho de propiedad el poseedor que detenta mi cosa y niega mi dominio, como viola mi derecho de crédito quien se niega a cumplir la prestación; pero ni uno ni otro cometen delito, así que fuera de la acción reivindicatoria o de la derivada del crédito carezco de una acción especial para obtener el resarcimiento. Hay que excluir, pues, primeramente, los casos de violación de un derecho derivado de una relación especial que ligue a las partes; en este caso, se dará únicamente una culpa contractual, y si puede determinar la obligación de resarcir, esta es una transformación del objeto originario de la prestación. Culpa aquiliana (esto es, delito o cuasi delito), no puede haber sino cuando se ha violado un derecho primario absoluto, valedero *erga omnes*, como es la propiedad, el derecho a la integridad personal, al honor, etc. Para que en la violación de tales derechos primarios se dé el delito, no basta la mera negación de los mismos; se requiere, además, un elemento subjetivo

que caracterice la violación como injusta. Este elemento en los delitos es la consciencia de lo injusto de nuestra conducta. Al poseedor que con tal consciencia se niegue a entregar la cosa al propietario, será imputable un delito por su mala fe; no será, en cambio, imputable delito alguno a quien discuta la propiedad ajena creyendo que es suya; contra el primero será utilizable en concurrencia con el remedio ordinario para remover el estado antijurídico (reivindicación) el extraordinario de la acción de delito para obtener el resarcimiento del daño. Poco importa que uno esté ligado al otro o comprendido en él; el remedio ordinario aparece reforzado aquí de modo que castigue al mismo tiempo la injusticia que la violación entraña. A veces el remedio ordinario no será ni siquiera utilizable; si yo destruyo la cosa ajena sólo podrá emplearse el remedio extraordinario para conseguir el resarcimiento.

b) Esta violación debe ser consecuencia de un acto o hecho positivo. Si sólo incurre en responsabilidad por omisión quien se hallaba obligado a realizar algo en virtud de una relación precedente, es evidente que la omisión no puede generar responsabilidad cuando nos referimos sólo al campo de la culpa aquiliana, la cual supone la violación de un derecho independientemente de una relación contractual preexistente. Ciertamente que en los cuasi delitos la culpa en sentido técnico, cuya presencia les distingue de los delitos, se traduce en una omisión en cuanto que no se presta la debida diligencia; sólo entonces puede afirmarse que el acto ilícito puede ser positivo o negativo.

c) Para configurar el delito en la esfera civil es indiferente que el hecho o acto lesivo viole o no la ley penal. El delito civil se diferencia del penal precisamente en que el primero es violación de un derecho subjetivo privado y el segundo es violación de la ley penal; en que el primero implica como consecuencia el resarcimiento del daño, el segundo una pena (corporal o pecuniaria), establecida por el Estado en su exclusivo interés. Del delito penal deriva siempre una acción penal, y puede derivar una acción civil para obtener el resarcimiento del daño (Código de Procedimiento penal, artículos 1.º, 7.º); del delito civil sólo pue-

de derivar una acción civil. Por tanto, así como hay actos constitutivos del delito civil y no del penal, así también los hay que son delitos penales y no civiles, y que son delitos penales y civiles a un mismo tiempo. Es, por ejemplo, delito penal y civil el hurto, porque, por una parte, es infracción de orden público, y, como tal, castigada con una pena, y, por otra, es violación del derecho privado del propietario, generadora de responsabilidad por el daño causado. Es solamente delito civil la negación dolosa del derecho del propietario por el poseedor; en cambio, es sólo penal la tentativa de homicidio, porque si bien en ella se infringe la norma penal (que prohíbe no sólo lesionar, sino también atentar al derecho ajeno), no se verifica una violación del derecho privado.

Por último, hay que advertir que, mientras el delito civil es una categoría abstracta y general, los delitos penales en el Derecho moderno son tipos fijos y concretos, designados con denominaciones especiales y castigados con penas legalmente establecidas (Código penal, art. 1.º).

d) No hay delito civil si no se produce un daño.

Es indiferente que este daño se cause al patrimonio o a otros bienes de la persona, como son los inmateriales; constituye siempre un daño resarcible la ofensa al honor, las lesiones, la injuria; basta con la perturbación que produce el acto ilícito en las relaciones psíquicas, en la intranquilidad, en los sentimientos y afectos de una persona, para determinar una aminoración en el goce del derecho correspondiente. No hay daño siempre que en el ejercicio legítimo del propio derecho (añádase sin abuso) alguien lesiona un interés o derecho ajenos; en este caso, se puede afirmar que, más bien que la falta de perjuicio, se da la falta de lesión, es decir, de *iniuria*, que es un acto contrario al derecho.

e) El hecho lesivo debe ser voluntario e imputable. Si se prescinde de los casos de responsabilidad objetiva o *ex re*, en los que no precisa la concurrencia de la culpa, es siempre elemento indispensable en los delitos y cuasi delitos el que la acción sea consecuencia de una determinación libre de la voluntad, ya consista ésta en un propósito malicioso o en una imprevisión

de las consecuencias dañosas de la propia conducta (dolo o culpa), aun cuando sea mínima la culpa del agente (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*). Cuando la edad infantil, la demencia o la embriaguez o cualquiera otra perturbación psíquica, aunque sea transitoria, priven al autor del discernimiento, y, consiguientemente, al acto de voluntariedad, no habrá responsabilidad, porque no habrá tampoco imputabilidad. Basta, en cambio, el simple discernimiento o un adecuado discernimiento para que el hecho productor del daño pueda estimarse querido, aun cuando las circunstancias todas del hecho no hubieren sido previstas. Especialmente no se exige para resultar obligado delictual o cuasi delictualmente la plena capacidad requerida para los contratos; por eso la ley equipara el menor al mayor de edad en cuanto a las obligaciones que derivan de estas dos causas (artículo 1.306).

La doctrina moderna tiende, como dijimos ya en otro lugar, a introducir un principio nuevo concerniente a la responsabilidad, el de la responsabilidad objetiva, en cuya virtud, así como el propietario del edificio o del animal responde de los daños causados por éstos, por ser su propietario, así también debieran responder de los daños causados por un demente o un infante, aun cuando no sean culpables, las personas a quienes incumbe el cuidado y vigilancia de los mismos. El principio se funda en la injusticia que supone el que un patrimonio disminuya por el hecho de una tercera persona que no sea imputable a ésta por faltarle el discernimiento; la exigencia de la reparación del patrimonio perjudicado por el titular de otro patrimonio lleva a considerar simplemente la relación de causalidad entre el hecho y el daño, y prescindiendo de toda averiguación relativa a la imputabilidad de la acción dañosa, a imponer al autor del hecho la obligación de resarcir. Pero como ya dijimos, si bien en casos particulares y para materias especiales la responsabilidad objetiva ha sido reconocida por nuestro Derecho civil, éste se basa casi exclusivamente en el principio del Derecho romano de la imputabilidad del hecho; un principio general nuevo y opuesto a éste no ha sido reconocido todavía.

Hay, sin embargo, hechos que, aun siendo imputables, no generan responsabilidad, porque el hecho, aun siendo querido, no fué efecto de una determinación libre; tales, por ejemplo, los realizados en estado de necesidad o por legítima defensa o los realizados para salvarse o salvar a otros de un peligro grave e inminente o para rechazar una violencia actual e injusta contra nosotros o contra otra persona, siempre que no haya exceso. El acto, en tal caso, deja de ser ilícito por falta de culpa en su autor.

Efectos.—La responsabilidad que deriva del delito y del cuasi delito consiste en el deber de resarcir el daño causado a la víctima por el hecho lesivo. Puede repetirse aquí lo dicho en otro lugar: daño, es tanto el lucro que deja de obtenerse cuanto la pérdida efectiva, tanto la disminución del patrimonio cuanto la perturbación o aminoración del goce de un bien inmaterial. En la culpa aquiliana no hallan aplicación las distinciones y limitaciones que la ley establece en orden al daño derivado de culpa contractual (artículos 1.225-1.229); por la primera es resarcible todo daño, aun mediato e indirecto y hasta imprevisto e imprevisible, y es resarcible siempre, cualquiera que fuera el grado e intensidad de la culpa. Al Juez es concedida una amplia esfera de libertad en la estimación del daño.

La responsabilidad afecta al autor y es transmisible a sus herederos; en esto principalmente se distingue el delito civil del penal, en el cual último la sanciónse impone sólo a la persona del delincuente y se extingue con su muerte. Si el delito o cuasi delito es imputable a varias personas, son todas éstas solidariamente responsables frente a la víctima (art. 1.156).

Responsabilidad por hecho ajeno.—Frente a la normal responsabilidad, con arreglo a cuyos principios nadie es llamado a responder sino del daño por el mismo causado, la ley reconoce una responsabilidad por el hecho ilícito ajeno, llamando a responder a determinadas personas de los daños causados por los terceros dependientes de ellas o por animales o cosas inanimadas que estén bajo su poder. El art. 1.153 preceptúa que toda persona resulta obligada, no solamente por el daño que produce

por hechos propios, sino también por el que es causado por personas de las que debe responder o por cosas que tiene bajo su custodia; el resto del artículo y los artículos 1.154-1.155 desenvuelven el precepto, indicando los casos específicos en que tal responsabilidad indirecta tiene lugar.

Si el hecho ilícito proviene de acto humano, estarán obligados (art. 1.153): 1), ante todos, el padre, y, en su defecto, la madre (cuando el padre hubiere muerto o hubiere perdido la patria potestad, no en el caso de que el padre residiere en punto lejano) por los daños causados por sus hijos menores que habitan en ellos; 2), los tutores, por los daños causados por sus pupilos que habitan con ellos; 3), los preceptores y los artesanos, por los daños causados por sus alumnos y aprendices durante el tiempo en que éstos estén sujetos a la vigilancia de aquellos a los cuales se hubiere confiado de modo duradero la educación e instrucción de los jóvenes; 4), los dueños y comitentes, por los daños causados por sus domésticos y comisionistas en el ejercicio de las funciones que aquéllos les hubiesen encomendado, entendiéndose comprendidas en esta categoría todas aquellas personas a quienes se confía un negocio, un trabajo, un servicio manual o intelectual o a quienes se encomienda una gestión, siempre que dependan de algún modo del comitente o poderdante (1).

Si el daño proviene de un animal o de una cosa inanimada, responde: 1), el propietario del animal o quien se sirve de éste tanto si el animal se halla bajo su custodia como si se extravió o

(1) En cuanto a la responsabilidad del Estado y de los demás entes públicos por los daños causados por sus funcionarios, empleados y dependientes constituye uno de los temas más interesantes y graves por la dificultad de su solución. La doctrina y la jurisprudencia han hallado ésta distinguiendo entre actos de imperio que no originan responsabilidad y actos de gestión que sí que la originan. Pero este criterio no satisface las exigencias de una perfecta justicia en cuanto que excluye la responsabilidad del Estado y de la administración pública en casos en que se da una violación del Derecho privado y un perjuicio a reparar; tal criterio comienza ahora a ser abandonado. Abundantísima es la bibliografía sobre esta materia que es objeto tratado en todos los manuales de Derecho constitucional y administrativo.

perdió (art. 1.154), sin distinguir si el hecho dañoso del animal se ha realizado *contra naturam sui generis* (como se exigía en la *actio de pauperie*) o *secundum naturam*; 2), el propietario de un edificio o de cualquiera otra construcción que se halle en estado ruinoso, cuando la ruina acaezca por falta de reparación o por un vicio de la construcción (art. 1.155), y, en general, el propietario de una cosa inanimada que, por falta de custodia en su dueño, cause un daño.

El principio en el cual se fundan estos distintos casos de responsabilidad no es único ni el mismo para todos. Sí, en general, puede decirse que es uno y el mismo aquel sobre que se basa toda responsabilidad procedente de cuasi delito: la culpa, en el caso de daños causados por animales o por el edificio, la base no es precisamente la culpa, porque del animal extraviado o perdido o del edificio mal construído se responde, aun cuando pudiera probarse que se hizo lo necesario para evitar el daño. En realidad, se trata de responsabilidad objetiva, de una aplicación del principio, según el cual quien obtiene las ventajas de una cosa debe sufrir sus riesgos (*qui sentit commodum sentire debet et incommodum*); la responsabilidad deriva del hecho de ser propietario o usuario de la cosa. Es esta una responsabilidad todavía más extensa que la establecida por el Derecho romano, ya que no se considera dotado de efecto liberatorio el abandono de la cosa al perjudicado.

La base de responsabilidad en todos los demás casos la constituye la culpa. Hay culpa en la persona de quien el hijo depende o a cuya potestad se halla éste sometido, o en las personas de quienes depende o a quienes está sometido el pupilo, el alumno, por no haber aquéllas vigilado o hecho lo posible para prevenir o impedir el daño (*culpa in vigiando*); hay culpa también en el comitente o en el dueño por no haber elegido acertadamente el comisionista o el doméstico (*culpa in eligendo*). Hay una diferencia profunda entre estos dos casos, pues mientras en orden a los padres, tutores, preceptores y artesanos la ley, aun presumiendo su culpa, les exime de responsabilidad cuando prueben que emplearon la diligencia debida para impedir el

daño, en orden a los dueños y comitentes tal prueba liberatoria es rechazada, se sienta una presunción absoluta de culpa, y ésta consiste en el hecho de la *mala electio*. En efecto, el último párrafo del art. 1.153 preceptúa: «La dicha responsabilidad no se produce cuando los padres, tutores, preceptores y artesanos prueban no haber podido impedir el hecho del cual deriva la responsabilidad»; excluye, pues, a los dueños y comitentes (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Todo acto u omisión ilícito o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia es fuente de obligaciones

falta como si no lo es. Únicamente varía la ley que rige los efectos civiles. En el primer caso, les son aplicables las normas del Código penal (artículos 72 y siguientes). En el segundo las del Código civil (artículos 1.902 y siguientes) Y en ambos se traduce en idéntico efecto: indemnización o reparación del daño causado.

Fuera del campo del Derecho civil el estudio de los efectos del delito o falta, hemos de reducirnos a exponer las normas positivas que regulan las obligaciones nacidas de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia *no penadas por la ley* (art. 1.093 del Código civil español), escapando, pues, a nuestro estudio aquellos actos que, causados por imprevisión, impericia o imprudencia, de mediar intención constituirían delito o falta (art. 33 del Código penal).

El principio general que rige la materia está sentado en el art. 1.902 del Código civil español (1.151 del Código civil italiano) que afirma obligación de reparar quien causa un daño a otro por acción u omisión interviniendo culpa o negligencia

Esta responsabilidad que nace de un acto u omisión ilícito —que no constituye el uso de un derecho—unido por relación de causa a efecto con el daño que se reclama, se extiende a los actos ajenos en aquellos casos en que el daño puede atribuirse más a descuido o defecto en la vigilancia del legalmente responsable que al autor material. Así el artículo 1.903 del Código civil español (1.153 del Código civil italiano) señala los casos de responsabilidad del padre o la madre, del tutor, de los dueños de un establecimiento o empresa y de los maestros o directores de artes y oficios, quienes quedarán exentos de responsabilidad si probaren que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, admitiéndose también el derecho de repetir de los dependientes lo que hubiere satisfecho el que pagó el daño (1.904 del Código civil español).

La responsabilidad estudiada hasta ahora deriva del hecho humano, mas también puede nacer de un animal o una cosa, alcanzando en el caso de responsabilidad por daños causados por animales al poseedor de un animal o al que se sirva de él aunque se le escape o se le extravíe, salvo que el daño provenga de fuerza mayor o de culpa del que lo sufre (artículos 1.905 del Código civil español y 1.154 del Código civil italiano) y al propietario de una heredad de caza cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o haya dificultado la acción de los dueños de las fincas vecinas—en las que los daños se causaron—para perseguirla (art. 1.906 del Código civil español).

De los daños causados por cosas inanimadas responden los propieta-

rios: del edificio arruinado por falta de reparaciones (art. 1.907), de las máquinas que explotaron por falta de cuidados, de las materias inflamables o explosivas no colocadas en lugar seguro y adecuado, del aparato o instalación causante de humos excesivos y nocivos a las personas o a las propiedades, de los árboles caídos que estuvieren colocados en sitio de tránsito, de las cloacas o depósitos de materias infectantes no construídos con las precauciones adecuadas al lugar en que estuvieren (artículo 1.908); pero si el daño en esos casos proviniese de defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo puede repetir contra el arquitecto o en su caso contra el constructor dentro del tiempo legal (artículo 1.909). El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella es responsable del daño causado por las cosas que se arrojan o cayeren de la misma (art. 1.910).

DERECHO DE FAMILIA

CAPITULO XXV

Principios generales del derecho de familia

§ 103.—*Naturaleza del derecho de familia*

Filomusi, *Enc.*, § 81, Brugi, *Ist.*, § 72; Cicu, *Dir. di famiglia*, páginas 13 y siguientes, 77 y siguientes, 205 y siguientes (1)

De las distintas partes en que según la tradición escolástica que arranca de la doctrina romana, se subdivide el Derecho privado, la del derecho de familia es la que ofrece un carácter más singular.

(1) Las obras especiales sobre el derecho de familia no abundan, al menos en el Derecho italiano. Esta parte no ha tenido aún cultivo doctrinal y desarrollo suficientes: se estudian instituciones particulares, como el matrimonio, capitulaciones matrimoniales, patria potestad, tutela, filiación, etc., pero sin que se haya hecho todavía una estructuración total del complejo organismo de las relaciones familiares con carácter sistemático científico. Es digna de excepción la obra de Cicu, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, la cual representa un precioso intento de reconstrucción orgánica de esta materia, basada en la fundamental contraposición del derecho de familia y las demás partes del Derecho privado y tendente a evidenciar cómo aquél se aleja de éste y se aproxima al derecho público. Este libro se tiene muy en cuenta al exponer los principios generales que informan este capítulo. Otra obra notable y reciente es el V volumen del Tratado de Derecho civil de N. Stolfi, *Diritto di famiglia*, Turín, 1921, muy bien informado y con mucho lujo de bibliografía y de jurisprudencia. De otros trabajos que ofrecen un carácter general, recordaremos a: Bianchi, *Corso di Codice civ. it.*, 2.^a edición, volúmenes V y VI, Turín, 1893-1908; Gianturco, *Diritto di famiglia*

Todo concurre a imprimirle esta especialidad; tanto, que parece que el derecho de familia se destaque y separe de las demás ramas del Derecho privado; su historia, el fundamento racional y social de sus instituciones, el marcado carácter ético de sus normas, sus relaciones con el Derecho público, la estructura interna de sus relaciones.

Desde el punto de vista histórico, se puede afirmar que todo cuanto asemejan a los modelos romanos los derechos reales y los de obligación, de que nos hemos ocupado, difiere el actual derecho de familia, y no porque en este respecto nuestro Derecho deje de reconocer como fuente tradicional el Derecho romano, sino porque en el derecho de familia, más que en ningún otro, han actuado profundos cambios sociales; hasta el punto de que parece haberse roto el tenue hilo que liga al Derecho moderno con el antiguo. Ya en el propio Derecho romano las modificaciones fueron profundas y radicales; la familia del Derecho justiniano no es ya la del Derecho clásico, es la negación o destrucción de ésta. Fundada la familia antigua en el vínculo de la agnación, regida por un jefe dotado de poderes soberanos y despóticos, compuesta de miembros unidos entre sí por la sumisión al jefe, forjada unitariamente, ejerce funciones políticas y públicas (1) y constituye la base de la organización de la ciudad; la familia justiniana se basa en el vínculo cognaticio que une a los parientes de sangre sin cabeza omnipotente, como ocurre en el agnaticio, no ofrece una unidad tan compacta, ha perdido todo carácter o función políticos, es más humana, pero

Nápoles, 1895, y *Sistema di dir. civ. it.*, vol. II, Nápoles, 1900; Piola, *Delle persone incapaci*, Nápoles, 1910-1913; Fiore, *Dello stato e della condizione giurídica delle persone*, Nápoles, 1893; Buniva, *Del dir. delle persone*, Turín, 1871; Chardon, *Traité des trois puissances maritale paternelle et tutélaire*, Bruxelles, 1843-44; Varelle, *Traité du mariage et de la puissance maritale et de la puissance maternelle*, París, 1825. En cuanto al Derecho civil alemán: Dernburg, *Deutsches Familienrecht*, Halle, 1907; Endemann, *Familienrecht*, en *Einführung f. das studium des B. G. B.*

(1) Sobre el carácter político de la familia primitiva, véanse los trabajos de Bonfante, *La gens e la familia; Teorie vecchie ennoare nelle formazioni sociali primitive* (*Scritti giur. vari*, I, páginas 1-64).

menos sólida y floreciente. Con esta familia se inicia una evolución nueva que gradualmente conduce, a través de los elementos aportados por el Derecho canónico, por el derecho feudal y por los principios de la revolución francesa, a la familia moderna; en ésta se conservan solamente algunos vestigios de antiguas instituciones y muchas veces, aun conservando el nombre tradicional, su esencia ha variado fundamentalmente. La influencia más decisiva, al menos en orden a las instituciones más importantes, como el matrimonio, fué ejercida por la Iglesia, la cual mantuvo sujetas a su disciplina gran parte de las instituciones familiares.

Como organismo social que es fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación, la familia no se halla regulada exclusivamente por el Derecho. En ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre, la moral. Antes que jurídico la familia es un organismo ético; de la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia apropiándose los a veces y transformándolos de este modo en preceptos jurídicos; por ello se explica el fenómeno, peculiar en el derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos o cree más conveniente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social. El Estado interviene para fortalecer los vínculos, para garantizar la seguridad de las relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar y dirigirle rectamente para la consecución de sus finalidades; sin que la ley constituya, como en otras relaciones de Derecho privado, la única norma reguladora.

Además de este aspecto, nos ofrece e otro de la primacía de las relaciones estrictamente personales y no económicas sobre las patrimoniales o de la subordinación de éstas a aquéllas. Todo el derecho de familia es disciplina de estados y condiciones per-

conformidad con el fin universal común que persigue. Puesto que el fin de la familia no puede ser este o aquel del individuo, ni un fin querido libremente por el particular, sino el fin superior de la comunidad social que ha de conseguirse necesariamente, no puede abandonarse tal consecución a la voluntad libre del particular que podría actuar contrariamente a la utilidad general, sino que debe confiarse al Estado, el cual lo conseguirá a toda costa. De esto derivan consecuencias notables que influyen de modo decisivo en la naturaleza y en la estructura interna de las relaciones.

La regulación de las mismas, como no puede abandonarse a los particulares, es uniforme y única. No respondería a las exigencias supremas del poder paterno, marital, tutelar y el de los demás órganos a los cuales se asigna el poder familiar, el estructurar tales poderes o potestades diversamente según el capricho del titular de ellos. Es la ley, pues, la que determina de un modo general para todos los casos los atributos y fija las facultades y los deberes regulando su ejercicio. Y lo que se dice de las potestades familiares es aplicable a todas las demás relaciones que crean estados personales y que aun cuando produzcan efectos patrimoniales no pierden su carácter personal. *Interest rei publice mulieres dotes salvas habere*, así como que el marido ejerza el poder del modo prescrito por la ley; la administración pupilar no es de interés menos público que la regulación de la relación personal entre tutor y pupilo. La esfera de libertad concedida al particular es aquí nula o mínima; aquella autonomía de la voluntad que en las demás ramas del Derecho civil constituye un principio fundamental, no se aplica en ésta o sufre tan graves limitaciones que autorizan a afirmar su desconocimiento. Las normas del derecho familiar son todas o casi todas imperativas e inderogables; la ley exclusivamente, y no la voluntad del particular, regula la relación, determina en todos sus detalles el contenido y extensión de las potestades, la eficacia de la relación parental, los efectos y el alcance patrimonial de un estado, sin que al particular le sea dado aportar modificación alguna. La potestad surge aunque el particular no quiera; el vínculo liga

incluso contra la voluntad del obligado y cesa aunque haya empeño en hacerlo pervivir; así, en el matrimonio, en la filiación legítima, en la tutela, y lo mismo en las relaciones personales cuanto en las patrimoniales. Y si bien se deja un margen de libertad y de autonomía para que campee en él la iniciativa particular, ello sucede excepcionalmente y sólo cuando no se opone al interés general el otorgar al particular tal libertad. Así, por ejemplo, en la separación personal de los cónyuges, en el reconocimiento de la paternidad o maternidad natural, en la reserva del donante o del testador del usufructo legal sobre los bienes donados o legados al hijo menor ajeno.

De esta limitación al principio de la autonomía de la voluntad, deriva el que muchas de las reglas comunes a los negocios jurídicos no son aplicables cuando se trata de derechos de familia.

a) No es aplicable el principio de la representación, por cuya virtud en los demás campos del Derecho privado el interesado puede remitir a la voluntad ajena la determinación y declaración productivas de efectos jurídicos; no se permite el contraer matrimonio por mandato, reconocer al hijo natural, impugnar la paternidad y asumir o desempeñar la tutela valiéndose de representación. Y no sólo se excluye la representación verdadera y propia que implica sustitución de la voluntad del interesado por la de un tercero, sino que tampoco se admite la representación impropia, que es mera transmisión por otro de nuestra voluntad; no se puede utilizar un nuncio para transmitir nuestra voluntad de contraer matrimonio, de reconocer al hijo natural, de adoptar, de separarse del cónyuge, porque la ley exige no sólo una determinación personal de voluntad, sino también una declaración personal imponiendo a los esposos la obligación de comparecer ante el encargado del Registro civil, al padre la obligación de reconocer personalmente al hijo natural, al adoptante el deber de comparecer ante la Corte de Apelación, a los cónyuges el de comparecer ante el presidente del Tribunal para ser oídos e intentar su reconciliación (1).

(1) Si se desea un análisis más profundo, véase Cicu, *Dir. di famiglia*, páginas 262 y siguientes

b) No se permite tampoco limitar mediante términos y condiciones los efectos jurídicos de la declaración. Mientras en los demás negocios jurídicos es excepcional el prohibir tales modalidades, en los negocios familiares dicha prohibición es norma general. No puede contraerse el matrimonio bajo condición suspensiva o resolutoria o sujetándolo a término inicial o final; tampoco puede ser reconocido de este modo el hijo natural, ni efectuar en tal forma la adopción, la emancipación, etc. Pugna con la esencial naturaleza de estos actos su sujeción a condiciones y términos; se trata de actos generadores de estados personales, y éstos exigen certeza y duración, y a estas exigencias se oponen las modalidades de condición y término. Además, son actos en que interviene el Poder público, y éste no tolera limitaciones que provengan de los particulares (1).

c) También respecto a la disposición del derecho subjetivo, que el particular deriva de la relación familiar, existen diferencias. La renuncia y la transmisión, que en los demás derechos vienen a ser un modo natural de ejercicio, no se admiten en los de carácter familiar. No pueden transmitirse a otros la potestad paterna, la marital, la tutelar; no es apenas admisible la transmisión a otros del ejercicio de alguno de sus atributos (por ejemplo, función educativa encomendada a un preceptor); no son transmisibles tampoco los estados personales ni los derechos patrimoniales conexos a dichos estados; el derecho y el deber de administrar la dote o los bienes pupilares en el marido o tutor, el usufructo legal del padre, el derecho de alimentos, no se transfieren de una persona a otra; aunque a veces parezca operarse esta transmisión, no se opera, en realidad; así, por ejemplo, cuando el padre muere y ejerce la madre la patria potestad en la obligación alimentaria, que cesa o se extingue si el pariente más próximo muere o es pobre, surgiendo, en cambio, en el pariente más remoto. Lo mismo puede decirse de la renuncia; no son renunciables los poderes familiares y tampoco las atribuciones inherentes a éstos, porque tales poderes son creados por la ley y subsisten independientemente de la voluntad del investido

(a) Ved Cicu, ob. cit. páginas 252 y siguientes.

con ellos, ya que no se crean para servicio o utilidad de éste, sino para un fin superior; el padre, el marido, el tutor, no puede despojarse de los poderes que le corresponden, porque le son atribuidos para servir a un interés que trasciende del suyo particular. Y si en algunos casos se autoriza la renuncia, como, por ejemplo, ocurre con la acción de desconocimiento de la paternidad, impugnación del matrimonio, acción de separación personal de los cónyuges, es porque el interés familiar resulta protegido merced a la renuncia; por esta dicho interés viene a ser mejor protegido, porque con ello se mantiene firme aquel vínculo, aquella relación, que, de otro modo (de no mediar la renuncia), se hubiera disuelto. Con más extensión se permite la renuncia de los derechos de contenido patrimonial; ello es comprensible y no ataca el principio sentado (1).

d) Pero lo más saliente en los negocios de derecho familiar es la amplia intervención de la Autoridad pública y la especial energía desplegada en la formación de la relación. Si a veces el funcionario público que interviene en la relación ejerce una función meramente formal, de órgano receptor de la declaración, a la cual imprime autenticidad, lo más corriente es que dicha función sea esencial a la relación, porque la voluntad del particular es insuficiente si no concurre la del Poder público. En algunos casos la voluntad del particular es un mero supuesto de hecho en cuanto vale como iniciativa o como incitación a la autoridad, de modo que el acto es creado, la relación se constituye por voluntad de esta última.

Esta Autoridad es la judicial en la adopción o en la separación conyugal, el poder real en la legitimación de los hijos por decreto o un órgano administrativo especial, como el funcionario del estado civil llamado a intervenir en el matrimonio (2).

(1) Véase Cicu, ob. cit., páginas 275 y siguientes, 289 y siguientes.

(2) Lo dicho es reconocido y admitido por muchos autores. Así Dusì. *Filiazione*, pág. 881, reconoce que la función de la Corte de Apelación en la adopción es constitutiva, no declarativa; el valor de elemento constitutivo que tiene la intervención judicial en la separación consensual de los cónyuges ha sido también reconocido por l'adda. *Parere*

Esto demuestra que la voluntad privada es por sí sola impotente para crear la relación, y ello constituye la prueba más palmaria de que la relación familiar es distinta de las demás relaciones (1).

Ahora bien, su naturaleza es diversa porque en este campo tiene más importancia el deber que el derecho o facultad de obrar.

Cuando se habla de patria potestad, poder marital o tutela, se tiene en cuenta, más que el derecho del padre, del marido, del tutor sobre la persona, el deber que incumbe al investido con estos cargos de cuidar y atender el interés familiar. Y esto sucede aun en los casos en que no haya poder o falte una subordinación de persona a persona, con tal que se dé un vínculo que implique deberes de un miembro frente a otro, como, por ejemplo, los de fidelidad y asistencia entre cónyuges, el de prestar alimentos entre parientes. Todo el derecho familiar reposa en esta idea: que los vínculos se establecen y los poderes se otorgan no tanto por crear derechos como por imponer deberes. Lo cual se manifiesta elocuentemente en el hecho de que no solamente la violación del deber, sino el abuso y hasta el mal uso de las facultades correlativas determinan la privación de ellas, así que los poderes se pierden si se ejercitan mal, y, en cambio, no

giur., 1912, pág. 444, y por Galante, en *Legge*, 1909, páginas 248 y siguientes. Más discutida es la función del funcionario del estado civil en la celebración del matrimonio y la discusión surge en torno al valor que debe asignarse a la voluntad de los contrayentes.

(1) Crome, *System des deut. bürg Rechts.*, IV, pág. 140, núm. 1, que trata con precedencia al derecho familiar una parte general. en la que estudia la naturaleza de tales relaciones (páginas 133-181), resta valor e importancia a la amplia participación del poder público, sosteniendo que esta participación se da también en el campo de los derechos reales y en el de las sucesiones y representa una mera forma, un requisito frecuente para la conclusión de un negocio.

No obstante su agudeza, estimo que Crome yerra; no se trata de una mera forma, puesto que el Estado se reserva, mediante la declaración o intervención de sus órganos, *el constituir* tal relación, y no se limita a la simple función de recibir y de hacer pública la declaración del particular.

se extinguen por prescripción ni por renuncia voluntaria. Es siempre el aspecto de obligación o de deber el que predomina en toda relación, precisamente porque se trata de un interés superior, que se evidencia especialmente cuando nos referimos al reducido círculo de la familia estricta y a personas incapaces, a cuya protección responden muchas instituciones familiares (1).

Todas estas especialidades nos llevan a la conclusión de que el derecho de familia se destaca de las demás partes del Derecho privado y se aproxima al público. No se puede decir, sin embargo, que sea verdadero derecho público, pero sí que se separa del resto del Derecho privado y que constituye una rama autónoma (2).

(1) Fadda, *Riforme sulla conatz. giur. della donna* (*Riv. Giur. d'Italia*, 1915, páginas 170 y siguientes), dice que estos conceptos que niegan en el campo del derecho de familia la autonomía de la voluntad individual y delatan la existencia en el mismo de funciones más bien que de verdaderos y propios derechos, se hallan en íntima relación con aquella corriente ideológica que aspira a reprimar la unidad y solidez primitivas del grupo familiar.

(2) Cicu, en la obra citada, ofrece en un detallado análisis la prueba de esta afirmación; su mérito estriba en haber tratado de modo orgánico la cuestión. Quizás en algunos extremos su tesis peca de exagerada; pero en lo esencial es exacta. Por lo demás, la idea básica ha sido enunciada por otros autores, aunque no suficientemente desenvuelta. Recuerdo a Filomusi-Guelfi (*Enc. Giur.*, pág. 380), quien breve, pero incisivamente, dice: «La familia, como una de las bases sociales sobre la cual el Estado se desenvuelve, mantiene relación íntima con el derecho público. Señala el tránsito de la persona individual a la social». Así también Pisanelli, *Sui progressi del Dir. civ. in Italia nel sec. XIX*, que observa que las relaciones que se originan en la familia son las que tocan más de cerca al derecho público. Y también quien afirma que el derecho de familia es derecho privado, se apresura a añadir que aquél, por muchos conceptos, se separa de éste. Así Crome, ob. cit., pág. 140, afirma que los particulares son titulares de derechos y deberes, no como individuos, sino en la orgánica conexión que mantienen como menores de una familia, lo que lleva a posponer el interés particular del individuo al de la superior unidad a que éste pertenece.

NOTA DEL TRADUCTOR. — Las características del derecho de familia señaladas por Ruggiero son aplicables a la generalidad de las legislaciones que, como la nuestra, lo regulan, considerando a la familia como organismo necesario en la vida del Estado. Con carácter de exclusividad, hasta el momento, ha de significarse la orientación dada al derecho de

§ 104.—*La familia, los poderes, los órganos*

Cicu, *Dir. di famiglia*, páginas 101 y siguientes, 126 y siguientes, 154, 161 y siguientes, etc.; Piola, *Personne incapaci*, I, páginas 47 y siguientes, 80 y siguientes, 709 y siguientes (1).

Ya el Derecho romano asignaba al término *familia* dos significaciones distintas: la de grupo de personas sujetas actualmen-

familia en la U. R. S. S., que, por razones políticas, no ha llevado a sus últimas consecuencias su sistema, que entrañaría la declaración de inexistencia del vínculo familiar.

Difícilmente puede verse en el Código ruso de la familia una intervención eficaz del Estado en orden a proteger a la familia como grupo orgánico. Únicamente actúa en defensa de intereses individuales, tutelando al más débil: la mujer embarazada, el hijo no eficientemente preparado para la lucha social y el padre anciano o inválido, obligando en el primer caso al marido a prestar los alimentos y cuidados necesarios a la mujer; en el segundo a alimentar y educar al hijo hasta ponerlo en condiciones para ser socialmente útil—obligación que incumbe a ambos cónyuges o al que ellos de mutuo acuerdo o el Tribunal encarguen, y, en su defecto, a un Consejo de tutela—, y en el tercer caso es el hijo quien ha de cumplir el deber de asistencia para con su padre.

Las garantías de constitución del matrimonio quedan reducidas al *minimum*. Una simple declaración ante el encargado del Registro de actos civiles en el matrimonio solemne y sin formalidad ninguna en el de *hecho* (determinado por la cohabitación, mutuo auxilio económico, etc., y justificable por cualquier medio de prueba). Además, la mujer no está obligada a guardar fidelidad al marido, pudiendo declarar en el embarazo que el hijo que va a tener es de otro varón distinto de su marido; y si notificado, el presunto padre calla o no prueba lo contrario dentro del año, viene obligado a cumplir los deberes derivados de la paternidad; de esto se deduce que la regulación hecha de los deberes paterno-filiales por el Código de la familia ruso no se distingue ya entre prole legítima e ilegítima.

El divorcio se produce por declaración uni o bilateral ante el encargado del Registro en el caso de matrimonio solemne o de hecho reconocido jurídicamente; en el de hecho simplemente, no hace falta ni esa formalidad.

Las relaciones económicas se regulan por los cónyuges a su libre arbitrio, fijando la cuota con que han de contribuir al levantamiento de cargas y la proporción en que han de participar en los beneficios; en caso del disenso en la cuantía de la participación, decide el Tribunal.

De este ligerísimo esbozo se deduce que la institución familiar, tal como hasta ahora se ha entendido, está en el Código ruso completamente desdibujada, que la autonomía individual es amplísima y sólo en su defecto interviene la tutela social, y que la familia ha perdido su importancia como grupo orgánico del Estado.

(1) Brini, *Il concetto della famiglia nel d. civ. it.* Bologna, 1880; Lerebours-Pigeonniere, *La famille et le Code civil* (en el *Livre du Centenaire*, I, páginas 265 y siguientes; Coirard, *La famille dans le Code civil*, París, 1907).

te a la autoridad soberana de un jefe (*familia iure proprio*) y la de grupo integrado por todos aquellos que estarían sujetos a una autoridad única si viviese aún el *pater familias* común (*familia iure communi*); en nuestro Derecho actual se usa también el expresado término en varias acepciones. Por familia se entiende un grupo amplio o un grupo restringido de personas; un grupo amplio cuando, prescindiéndose de los efectos jurídicos que el vínculo produce y pasando del límite impuesto por el derecho sucesorio (reducido actualmente del décimo grado al sexto), se comprenden en él todos los descendientes de un tronco común, y que llevan el mismo nombre gentilicio; otro más restringido cuando en él figuran los padres y sus descendientes inmediatos, y a veces de estas personas se toman en consideración sólo aquellas que viven en común. Sin embargo, la ley no adopta uno ni otro sentido; el Código civil y otras leyes especiales dan a la palabra una acepción intermedia, comprendiendo en la familia sólo aquellos miembros respecto a los cuales el vínculo produce efectos jurídicos, constituyendo aquélla un núcleo más limitado que el formado por los que descienden del ascendiente común (llega, pues, esta acepción a veces hasta el grado máximo de la sucesión, pero, en ocasiones, no tan lejos, tratándose de determinadas consecuencias jurídicas), es más amplio este concepto que el que se basa en la comunidad del nombre, puesto que figuran también en la familia los afines; los parientes por adopción, sin que tenga importancia el hecho de la cohabitación, la comunidad de domicilio o la unidad patrimonial.

Entre estas personas se establecen vínculos ordenados por poderes que no tienen otra misión que conservar sólidamente la organización familiar. Todo el derecho familiar se desenvuelve por manifestaciones de poderes cuya organización es indispensable. Estos poderes no son las potestades típicas tradicionales (patria potestad, poder marital, tutela), ni encarnan únicamente en los representantes legales de los incapaces; el concepto de poder tiene aquí un sentido amplísimo, comprendiendo, además de las instituciones que tienen por objeto la representación y asistencia de los incapaces (éstas son, ciertamente, las más im-

portantes), aquellas otras que, sin suponer una incapacidad, tienden a realizar el interés familiar, cuyo cuidado y vigilancia se encomiendan a otras. Figuran, pues, en este concepto no sólo los poderes de que se halla investido el individuo, sino también los atribuidos a los colegios; no sólo las facultades otorgadas a las personas privadas y a los miembros del grupo, sino también las encomendadas a extraños y a funcionarios públicos. Extiéndese, pues, tal noción comprendiendo no sólo el poder de actuar, constituir, modificar o extinguir las relaciones familiares, sino también el poder de fiscalización, otorgados uno y otro, ya a la Administración pública, ya al poder real o a la Autoridad judicial, en cuanto que (salvo los casos de controversia y de contestación judicial), ésta es llamada a cooperar en la tutela y consecución de los fines familiares.

Correlativamente a este concepto amplio de poder, hay el de los órganos, esto es, individuos, colegios, funcionarios públicos, a los que se encomienda el ejercicio de tales poderes. La ley, al determinar mediante complejas disposiciones la organización de la familia, el modo de ejercer tales poderes las personas a quienes dicho ejercicio corresponde y los fines que con tal ejercicio se persiguen, crea una serie de órganos que, o bien son órganos propios de la familia, o del Estado, que cooperan, obran con independencia, sustituyen o vigilan a las personas o a los colegios que son órganos subordinados y dependientes de éstos.

La complejidad de las relaciones y de las normas que regulan éstas y la amplitud de la materia hacen que no sea tarea fácil una clasificación y sistematización científica de los poderes familiares. La doctrina, en general, la ha descuidado, y esto es precisamente la causa del defecto de elaboración sistemática del derecho familiar a que antes aludíamos. Se trata, en efecto, de poderes diversísimos, que bien tienden a la constitución de un vínculo familiar (así, mediante el matrimonio, se crea la relación conyugal, con la adopción o legitimación, la filiación legítima), o a su modificación o extinción (así con la emancipación se extingue la patria potestad, con la demanda de separación se modifica la relación conyugal), o de un poder sobre personas inca-

paces, que implica representación (patria potestad, tutela de menores, de interdictos legales y judiciales, curatela del concebido y no nacido), o de un poder sobre personas parcialmente incapaces, que implica simple asistencia e integración de voluntad (curatela del emancipado y del inhabilitado, curatelas especiales, en caso de conflicto de intereses entre padre e hijo, marido y mujer), o de simples autorizaciones (ejemplo, consentimiento de los padres, ascendientes o Consejo de familia para el matrimonio del hijo, consentimiento del Consejo de familia a favor de la madre viuda que contrae segundas nupcias), o de aprobación de actos ya realizados (ratificación por el Tribunal de la decisión del Consejo de familia, dispensando al tutor de la obligación de prestar caución, ratificación de la enajenación de bienes del menor), etc. No siempre corresponde a cada poder un órgano. Por un lado, puede suceder que el mismo poder se distribuya entre varios órganos subordinados entre sí, que concurren a la formación del acto (por ejemplo, en la tutela, el tutor, el Consejo de familia, el Tribunal); por otro lado, puede ocurrir que para un mismo género de poder haya órganos diversos, así para constituir el vínculo familiar basta la simple voluntad del particular (ejemplo, el padre que reconoce al hijo natural, emancipa al hijo o nombra tutor testamentario), otras veces es la autoridad la que lo crea, previo consentimiento de los interesados (ejemplo, el funcionario del estado civil crea el vínculo matrimonial, la Corte de Apelación autoriza la adopción, el poder real atribuye la condición de hijo legítimo en la legitimación por decreto real), o lo reconoce por consecuencia de la acción deducida por los interesados (ejemplo, la Autoridad judicial atribuye la paternidad o maternidad natural a consecuencia de la reclamación del estado de hijo o declara ilegítimo al hijo, en virtud de la acción de desconocimiento ejercitada por el padre).

Un intento de clasificación de los poderes familiares sobre base científica se debe a Cicu; lo recordaremos aquí. Los agrupa en dos especies: 1), poderes en sentido propio, y 2), poderes de excitar al desempeño de la función o de promover la aplicación del derecho objetivo.

Los primeros se pueden subclasificar a su vez en cinco especies: a), *poder de constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas familiares* (ejemplo, emancipar y revocar la emancipación, imponer condiciones a la madre binuba o eximirle de ellas, nombrar tutor protutor y curador); b), *poder de decisión y ejecución en orden al cuidado de la persona y bienes del incapaz* (ejemplo, patria potestad, tutela y curatela, solicitud de dispensa de la función tutelar, aceptación por el padre o tutor de la donación hecha al menor o interdicto); c), *poder de fiscalización* (autorización de los padres o ascendientes para el matrimonio del descendiente; autorización de los padres del adoptante y adoptando para la adopción, autorización del Consejo de familia al tutor en orden a los actos de disposición patrimonial); d), *poder de vigilancia*, que, por regla general, se confunde con el precedente, pero que a veces constituye un poder distinto (ejemplo, derecho del cónyuge separado a vigilar la educación de los hijos, vigilancia del Consejo de familia para cerciorarse de la cesación de la causa que dió lugar a la interdicción, asistencia del protutor y de los demás delegados al acto de la formación de inventario de bienes del menor), y e), *poder consultivo* (ejemplo, parecer del Consejo de familia previo a la declaración o revocación de la interdicción o de la inhabilitación, parecer del mismo para la rectificación de las actas del estado civil).

Los segundos, en cambio, serían poderes encaminados a provocar el ejercicio de los primeros y a asegurar el cumplimiento de las funciones protectoras o de asistencia y en general de los deberes familiares, así como la consecución de los fines que la ley persigue al organizar la familia. Pueden distinguirse dos especies de los mismos, según se confieran o no por motivos individuales. Ejemplos: el derecho de los padres y ascendientes o tutor a oponerse al matrimonio; el que corresponde a los ascendientes y al Consejo de familia o al tutor, de pedir la declaración de nulidad del matrimonio; el del tutor, protutor o vocales, de pedir se convoque al Consejo de familia; el derecho de impugnación de las decisiones del Consejo de familia no adoptadas por unanimidad; el derecho del cónyuge o de los parientes de

promover la interdicción o inhabilitación del que padece enfermedad mental; el derecho de todo interesado de evitar la reunión del Consejo de familia, de contestar la legitimidad del hijo, de impugnar el reconocimiento del hijo natural; el de los herederos y descendientes para reclamar el estado de hijo legítimo; el de los herederos de oponerse a la adopción.

En cuanto a la ingerencia del Estado y al control que ejerce mediante órganos propios, hay que distinguir la ingerencia que se verifica mediante la intervención de funcionarios públicos de la actuada por la autoridad judicial con la jurisdicción voluntaria. El control puede ser *preventivo*, es decir, consistente en autorizaciones, o *posterior*, mediante la ratificación o aprobación de actos del órgano controlado, por ejemplo, decisiones del Consejo de familia, o *sustitutivo*, como sucede cuando sustituye al padre que abusa de su poder un tutor o un curador. Todos estos poderes son discrecionales e implican un juicio sobre la oportunidad del acto realizado por el órgano familiar; a veces la intervención es provocada por los mismos órganos controlados o por el interesado, otras se verifica de oficio o por iniciativa de la autoridad; lo más frecuente, a requerimiento del Ministerio fiscal.

Más fácil es clasificar los órganos mediante los cuales son conferidos los poderes, distinguiendo los órganos estatales de los familiares, los órganos integrados por una sola persona o por personas individuales, de los integrados por un colegio, y en los órganos estatales, la autoridad judicial de los demás funcionarios públicos. Organos individuales o colegiados a los que se atribuye el poder en vista o por causa del vínculo familiar que une a la persona protegida con el investido con el poder, o independientemente de este vínculo, como ocurre siempre que la autoridad pública ejerce tal poder mediante sus funcionarios. La enumeración que sigue ofrecerá un cuadro general de la compleja constitución orgánica de la familia y la enunciación de las facultades principales atribuidas a cada órgano; y esto nos confirmará la intensidad de la ingerencia del Estado en las relaciones familiares y la frecuencia con que el Estado constituye estas

relaciones mediante una autoridad administrativa, judicial o real (1).

I.—Órganos de la familia

Figuran en primera línea los miembros del grupo familiar siendo éstos los más directamente interesados, se comprende que se atribuya a ellos el poder necesario para proteger el interés familiar. El supuesto es, pues, que el investido con el poder se halle unido por un cierto vínculo parental a la persona sobre quien dicho poder se ejerce, así el padre, el marido, el tutor legítimo, ejercen el poder respecto a los hijos, a la mujer y al pupilo. Cuando estos miembros no existan, estén ausentes o hayan sido privados de tales poderes, o el ejercicio de éstos resulte incompatible por efecto de un conflicto de intereses, se conceden tales poderes a los extraños; el extraño puede, a veces, ser preferido al miembro de la familia, en cuanto que la ley concede a la libre voluntad del particular o a la libre autoridad pública la facultad de investir de tal poder a un extraño. Figuran aquí las demás tutelas distintas de la legítima (la testamentaria y la dativa), las distintas especies de curatela, en las que el inves-

(1) Toda esta parte del Derecho (añadiendo otras normas que no afectan al derecho familiar, sino a otras instituciones de derecho patrimonial) constituye la llamada *administración pública del Derecho privado*. En sentido lato comprende toda actividad estatal en la formación o desenvolvimiento de las relaciones jurídicas de los particulares, sea cualquiera el poder público que intervenga, ejecutivo, administrativo, judicial, real o legislativo. En un sentido más restringido, excluiría toda actividad que constituya función jurisdiccional o legislativa, circunscribiéndose únicamente a la función administrativa. Sobre este interesante problema, véase la monografía de Zanobini, *Sull'amministrazione pubblica del dir. priv.* (*Riv. di dir. publ.*, 1918, páginas 169 y siguientes), el cual restringe su acepción a significar las actividades estatales de carácter esencialmente administrativo y excluye, con los actos de jurisdicción contenciosa, la mayor parte de los de jurisdicción voluntaria (por no constituir éstos actividad administrativa), así como los de poder real, legitimación de los hijos naturales, dispensas matrimoniales, cambio de nombre en las personas (por constituir actos legislativos singulares).

tido con los poderes no tiene relación parental con la persona protegida.

A. *Organos constituidos por personas individuales*

a) *Padres*.—A éstos corresponde la primera y más amplia potestad familiar, la patria potestad con todos los atributos necesarios al cuidado de la persona y a la administración de los bienes del hijo (artículos 220 y siguientes del Código civil). Se atribuye a ambos padres, pero mientras dure el matrimonio es ejercida por el padre, y si éste no puede, por la madre (artículos 220, 47). Se concede esta facultad hasta la mayor edad del hijo, pero puede cesar antes por la emancipación, por privación, por condena penal. Además se otorgan a los padres otros poderes antes del nacimiento y después de la mayor edad o emancipación del hijo: el padre representa al concebido y no nacido (artículo 224); para el matrimonio del hijo mayor de edad varón se requiere el consentimiento del padre siempre que aquél no haya cumplido aún los veinticinco años (artículos 63 y 66). Necesita también tal consentimiento el adoptante o el adoptado, para que la adopción se verifique válidamente (art. 208); los padres pueden oponerse al matrimonio de los hijos, aunque éstos sean mayores (art. 82). Corresponde además al cónyuge superviviente nombrar tutor a los hijos menores (art. 242), el padre o en su defecto la madre; emancipado el hijo ejerce la curatela sobre éste (artículos 314 y 315), y si el hijo es declarado interdicto, uno u otro asumen la tutela (art. 330), etc. Estos poderes los ejercen sobre los hijos legítimos y legitimados (art. 154); si el hijo es natural y ha sido reconocido, se atribuye al padre que lo reconoció, no ya la patria potestad, sino la tutela legal; si lo reconocieron ambos padres, tal poder corresponde al padre; por lo demás, las normas propias de la patria potestad se extienden a la tutela legal (art. 184, párr. 1.º). Poderes análogos corresponden al adoptante sobre el hijo adoptivo (art. 211, 63).

b) *Ascendientes legítimos*.—Se subrogan en el lugar de los padres, si bien con facultades no idénticas, los abuelos cuando

equéllos mueren, sean declarados ausentes o resulten privados de la patria potestad; a veces a los abuelos es conferido un poder aun concurriendo con los mismos padres. Corresponde al abuelo paterno, y en su defecto al materno, la tutela, cuando no haya tutor nombrado por el padre (art. 244). Análogamente les es atribuída la curatela de los hijos del ausente cuando la madre hubiere muerto o no pudiese ejercer la patria potestad (art. 47). Los abuelos y abuelas de ambas líneas deben prestar el consentimiento para el matrimonio del nieto si los padres de éste hubieren muerto o se hallen imposibilitados para manifestar su voluntad (art. 64). Corresponde también a los abuelos la facultad de oponerse al matrimonio (artículos 82 y 86) y la de impugnar el contraído (artículos 104 y 108). Y en general a los ascendientes legítimos, sean varones o hembras, se les impone el cargo de vocales del Consejo de familia (art. 252).

c) *Otros parientes legítimos.*—Los demás parientes legítimos (lo son siempre los colaterales: tíos, tíos del padre o de la madre, hermanos y hermanas, primos, etc., nunca los descendientes) tienen también poderes familiares, supuestos el defecto, ausencia o incapacidad de los padres.

En la apertura de la tutela la ley llama a los tíos, tías, hermanos y hermanas germanos para formar parte del Consejo de familia como vocales de derecho (art. 252), y en su defecto, el pretor designa otros de entre los parientes más próximos (artículo 253). Pueden aquéllos promover también la interdicción o inhabilitación del pariente que padezca una enfermedad mental (artículos 326 y 339), acudir a la Corte de Apelación contra la negativa de los ascendientes, del Consejo de familia o del tutor para el matrimonio del menor (art. 67); oponerse al matrimonio por determinados motivos y si no hay ascendientes (artículo 82); pedir al Presidente del Tribunal que decrete el alejamiento de los hijos de la casa paterna (art. 221), o la aceptación de herencia dejada al hijo y no aceptada por el padre que ejerce la patria potestad (art. 226), o el nombramiento de un tutor para el hijo o de un curador de sus bienes en los casos de ejercicio abusivo de la patria potestad (art. 233).

d) *Afines*.—A éstos también es atribuída, aunque más limitada, una facultad de intervención en el organismo familiar. En concurrencia con los parientes consanguíneos pueden recurrir contra el consentimiento contrario de los ascendientes al matrimonio del hijo menor de edad (art. 67) u oponerse al matrimonio de la viuda que quiera contraer segundas nupcias antes de que transcurran diez meses desde que se disolvió o anuló el matrimonio precedente (art. 86); son también vocales del Consejo de familia, en defecto de quienes lo sean de derecho; pueden también promover la inhabilitación o interdicción del pariente enfermo mental (artículos 326 y 330).

e) *Cónyuge*.—Al marido en primer lugar corresponden las potestades más amplias en el consorcio conyugal. Abolida la autorización marital (ley de 17 de Julio de 1919) y derogados los preceptos todos de los Códigos civil y mercantil que a ella se referían, subsiste, sin embargo, la autoridad marital como poder del marido sobre la mujer, porque es el jefe de la familia (artículo 131) con sus atributos propios en cuanto al gobierno de la casa (artículos 131 y siguientes), a la administración de los bienes dotales (art. 1.359), a la gestión de la comunidad de bienes (art. 1.438), etc. Y también al marido, como tal, corresponden poderes especiales, como el derecho de ejercitar la acción de desconocimiento del hijo que dió a luz su mujer (artículos 162-165). Pero hay poderes que corresponden a uno y otro cónyuge; el cónyuge que sin consentimiento de sus ascendientes o sin autorización del Consejo de familia o de tutela, haya contraído matrimonio, puede impugnarlo (artículos 108 y 109); cada uno de los cónyuges puede pedir la nulidad del segundo matrimonio contraído por el otro (artículos 113-115); precisa que uno de los cónyuges preste su consentimiento favorable para que el otro adopte o sea adoptado (art. 208); cada cónyuge puede promover la interdicción o inhabilitación del otro (artículos 326 y 330); una vez decretada la interdicción de un cónyuge, recae la tutela en el otro siempre que éste sea mayor de edad y no esté separado legalmente (art. 330.)

f) *Tutor*.—Al tutor, ya sea testamentario, legítimo o dati-

vo, corresponden poderes amplios semejantes a los de la patria potestad, aunque con notables limitaciones; le son atribuidos como órgano ejecutivo del Consejo de familia o de tutela, o como miembro de este Consejo doméstico (art. 251). Función del tutor es cuidar de la persona protegida, representar a ésta en los actos civiles, administrar sus bienes (art. 277); y esta función le corresponde, ya se trate de la tutela de menores, ya de la de los interdictos judiciales y legales. El tutor debe denunciar al pretor el hecho que da lugar a la tutela (art. 250), provocar la reunión del Consejo de familia o de tutela (artículos 251 y 257), promover el nombramiento de protutor (art. 265), proceder a la formación del inventario de bienes (artículos 281-288), enajenar los bienes muebles que el Consejo de familia decida no conservar (art. 290), emplear las rentas y provocar las deliberaciones del Consejo de familia sobre gastos y colocación de dinero (artículos 291-298) sobre enajenación de bienes y liquidación de haciendas comerciales e industriales (artículos 297-299); debe solicitar autorización para realizar actos que excedan de la administración o comprometan el patrimonio, y para litigar (artículos 296 y 297); rendir cuentas al terminar su gestión a quien le suceda o al administrado mismo si la tutela se extingue (artículos 302, 306 y 307).

g) *Protutor*.—Miembro también del Consejo de familia o de tutela (art. 251) y nombrado por los mismos que tienen derecho a nombrar tutor (art. 264), ejerce una doble función:

1) Sustituir al tutor en los casos de tutela vacante o abandonada, representando provisionalmente al pupilo y realizando los actos conservativos y administrativos que no admitan aplazamiento; 2) obrar por cuenta del tutelado y representarle en los casos en que el interés de éste se halle en oposición con el del tutor (art. 266). Pero además le corresponden otros poderes: una cierta vigilancia sobre la actuación del tutor que no se extiende a toda ella, sino que se limita a su comienzo y su final, ya que sin la intervención del tutor no puede procederse válidamente a la formación del inventario (artículos 282 y 284), y con su asistencia también debe el tutor rendir cuentas de su gestión

tutelar, para quedar liberado de toda responsabilidad (artículos 306 y 307). También le incumbe convocar al Consejo de familia (art. 257) y estimular la acción de los órganos protectores del incapaz.

h) *Curador*.—La aparición del curador puede ser motivada por varias causas. Los curadores son legítimos testamentarios, y dativos, o sea nombrados por el Consejo de familia o por la autoridad judicial. Las especies de curador pueden agruparse en dos categorías: curadores generales que son permanentes, temporales y provisionales y cuya función consiste en representar y asistir al pupilo en todas las relaciones patrimoniales en que éste intervenga; curadores especiales que son siempre temporales y limitan su actuación a determinadas relaciones, respondiendo su nombramiento a ciertos fines.

Generales son: el curador nombrado al menor emancipado (artículos 314 y 315); al inhabilitado por enfermedad mental, al pródigo, al sordomudo, al ciego de nacimiento (artículos 339 y 340), a aquél contra quien se haya promovido juicio de interdicción o inhabilitación (administrador provisional o curador temporal, según los artículos 335 del Código civil y 839 del Código de procedimiento civil) y al enfermo mental recluído en un manicomio (ley de 14 de Febrero de 1904) mientras no sea nombrado el tutor o curador definitivo; al hijo menor del ausente (tutor temporal, según el art. 47); al no concebido (art. 860) (1).

Son, en cambio, especiales: el curador nombrado al incapaz que no tenga representante legal cuando un tercero demande a dicho incapaz en juicio (art. 136 del Código de procedimiento civil); el nombrado en caso de conflicto de intereses entre padre e hijos menores, o entre hijos sujetos a la misma patria potestad (artículo 224) o entre pupilos sujetos a la misma tutela (artículo 246); el curador que se nombra al hijo menor contra quien se ejercita la acción de desconocimiento de paternidad (art. 168); o

(1) No pueden estudiarse en el derecho de familia otros tipos especiales de curador, como, por ejemplo, el curador de la herencia yacente (artículo 980), el curador nombrado a la herencia dejada con condición suspensiva (art. 857), etc.

el que se nombra al hijo menor cuyo padre no quiera o no pueda aceptar una herencia deferida a dicho hijo (art. 226) o una donación que le es hecha (art. 1.059); el curador del vientre cuando a la muerte del marido la mujer quede encinta (artículo 236); el nombrado para cuidar de los bienes de los hijos del primer matrimonio cuando la viuda contraiga segundo matrimonio y no sea administradora (art. 238); el curador nombrado en caso de ejercicio abusivo de la patria potestad (art. 233) o de la tutela (art. 184); el nombrado por el testador que instituya heredero al menor extraño o le deje un legado, nombrándole al mismo tiempo administrador de los bienes que le hubiere dejado (artículo 247).

B. *Organos colegiados*

a) *Consejo de familia*.—Es éste uno de los órganos colegiados más importantes en la organización familiar. Tiene lugar en la familia legítima y funciona para proteger al menor, al interdicto judicial o legal; se constituye simultáneamente a la tutela (artículo 249; art. 329) o cuando se verifica la emancipación (artículos 314 y siguientes); viene a ser como un Tribunal doméstico permanente que subsiste mientras no desaparezca la incapacidad de la persona protegida. Está integrado por el tutor, el protutor (en el caso del emancipado, el curador) y cuatro vocales, y lo preside el pretor (art. 251). Al Consejo corresponde: nombrar tutor cuando no lo haya testamentario ni legítimo (art. 245); designar protutor (art. 264); decidir sobre exclusión o remoción de los oficios tutelares (art. 271); decidir sobre demandas de dispensa (excusas) de dichos oficios (artículos 275 y 276); ejercer vigilancia sobre la gestión tutelar, determinando el lugar en que el menor debe ser criado y educado (art. 278); decidir sobre los castigos que deban imponerse al menor por su mala conducta (artículo 279) y sobre los abusos de autoridad cometidos por el tutor (art. 280), sobre las modalidades del inventario de bienes (artículos 282, 283 y 284), sobre el destino del numerario, títulos y objetos preciosos (art. 287), sobre enajenación y conserva-

ción de bienes muebles (art. 290), sobre los gastos de alimentación, instrucción y enseñanza del menor y sobre colocación de los sobrantes de las rentas (art. 291), sobre la caución debida por el tutor y sobre la dispensa de dicha caución (artículos 292 y 294). Al mismo corresponde autorizar al tutor para que pueda realizar los actos patrimoniales más importantes sobre los bienes del pupilo (artículos 296, 297 y 299), examinar y aprobar las cuentas periódicas del tutor y la cuenta final (artículos 303 y 306), autorizar al tutor o al curador para oponerse al matrimonio (art. 84), dar su aprobación en la adopción del menor cuando hubiesen muerto los padres de éste (art. 209), dar el parecer para incoar el juicio de interdicción o de inhabilitación del enfermo dementé (art. 327), nombrar curador al inhabilitado (art. 339).

Pero aparte de lo dicho que se refiere al Consejo permanente de familia, hay otro Consejo de familia especial con funciones y duración limitada que se constituye y es llamado a pronunciarse en ciertos eventos y sobre determinados negocios. Viviendo los padres se constituye un Consejo de familia cuando se trate de dar el consentimiento para el matrimonio del menor si los padres o abuelos no pueden manifestar su voluntad (art. 65); esta clase de Consejo de familia confiere a los ascendentes próximos o en defecto de éstos a un curador extraño, la protección del hijo del ausente (art. 47); delibera sobre si debe o no dispensar a la madre viuda de las condiciones que el marido le impuso relativas a la educación de los hijos y a la administración de los bienes (art. 235), sobre si la viuda que contrae segundo matrimonio debe ser mantenida en la administración de los bienes de los hijos, fijación de condiciones para su educación, nombramiento de un curador para los hijos (artículos 237 y 238).

b) *Consejo de tutela*.—Correlativamente al Consejo de familia que actúa en la familia legítima, este colegio, el Consejo de tutela es el órgano protector permanente de la prole natural. Se constituye para los hijos naturales reconocidos cuando les falta padre que pueda ejercer la tutela legal, y se compone de cuatro miembros y el pretor que lo preside (art. 261); en los cuatro

miembros figuran el tutor y el protutor. Este órgano se constituye también para los hijos legítimos o ilegítimos acogidos a un hospicio que estén privados de sus padres o de otros parientes conocidos y capaces para el desempeño del oficio tutelar y en tal caso este Consejo de tutela se integra por los administradores del establecimiento, sin intervención del pretor (art. 262). Corresponde a este Consejo prestar el consentimiento para el matrimonio del hijo reconocido en defecto de sus padres o de adoptantes con capacidad para consentir, y también para el matrimonio del hijo no reconocido a falta de padres adoptivos (artículo 66); prestar el consentimiento para que quien carezca de padres vivos pueda ser adoptado válidamente (art. 209); proveer al nombramiento de tutor si durante la menor edad cesa la tutela legal del padre natural, y nombrar tutor a los hijos de padres desconocidos no asilados (art. 248); dar su parecer sobre la interdicción o inhabilitación (art. 327); en general ostenta todos aquellos poderes que corresponden al Consejo de familia en relación con la familia legítima (art. 261, párrafo íd.).

II.—Organos del Estado

La intervención del Estado en las relaciones familiares se verifica mediante órganos meramente administrativos estatales, municipales o locales o mediante la autoridad judicial por Jueces individuales o colegiales o por el Ministerio fiscal; en ocasiones es el propio poder real el que en virtud de especiales prerrogativas ejercita el poder familiar. Las funciones de estos órganos son muy variadas y están distribuídas entre todos, son: de mera fiscalización y vigilancia con facultades e iniciativas a veces más amplias que las que corresponden a los órganos de la familia, como, por ejemplo, las que incumben al Ministerio fiscal; de aprobación, como cuando el Tribunal aprueba las decisiones del Consejo de familia; de consulta, como el parecer que debe emitir la Corte de Apelación en la legitimación de los hijos por concesión real; la función puede ser también constitutiva del vínculo familiar y creadora del estado personal como ocurre

en la celebración del matrimonio, en la que la intervención del oficial del estado civil hace eficaz la voluntad de los esposos, o en la adopción decretada por la Corte de apelación, o en la legitimación por decreto real de los hijos naturales en que el Soberano confiere al hijo la condición de legítimo. Ocurre también que los órganos familiares están simplemente vigilados y controlados por los órganos del Estado; otras veces el poder está compartido por las dos especies de órganos que lo ejercen conjuntamente; finalmente, en algunos casos, es el órgano estatal el que única y exclusivamente crea la relación, y la voluntad del órgano familiar o del particular interesado se reduce a la formación de una instancia que puede muy bien ser rechazada. Figuran como poderes:

a) El *Ministerio fiscal*.—Muy amplia es la actuación reservada a esta autoridad; un poder de vigilancia y de intervención directa se le confiere siempre que se trata de proteger a personas incapaces (art. 139, ley de 6 de Diciembre de 1865, número 2.626, sobre ordenamiento del Poder judicial); por virtud del artículo 346 del Código de procedimiento civil se obligaba al Ministerio público a intervenir en todas las causas concernientes al estado de las personas, tutela, matrimonio, separación personal de los cónyuges, menores e interdictos, inhabilitados, ausentes declarados, y en general todos los que están representados o asistidos por un curador o por un administrador delegado de la pública autoridad. Y si bien la ley de 28 de Noviembre de 1875, número 2.781, limitó el deber de intervención a las causas matrimoniales (en las que deben estimarse comprendidas las relativas a la separación de los cónyuges), su ingerencia es todavía muy amplia y frecuente y subsiste la atribución en los asuntos de jurisdicción voluntaria. En particular le corresponde la facultad de dispensar de una o de las dos proclamas (art. 78 del Código civil, 82 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865, número 2.602, sobre ordenamiento del estado civil, modificado por Real decreto de 14 de Febrero de 1869, núm. 4.872 y art. 5.º del Decreto-ley de 14 de Octubre de 1915, núm. 1.496); tiene acción para promover la anulación del matrimonio celebrado a

pesar de la no concurrencia de los requisitos necesarios (artículos 104 y 112); puede en interés del menor recurrir a la Corte de Apelación contra la negativa de los ascendientes al matrimonio del menor (art. 67); debe oponerse al matrimonio cuando conozca la existencia de algún impedimento (art. 87); puede pedir que el hijo sea alejado de la casa paterna (art. 221); puede pedir la reclusión del menor de nueve años delincuente, en un establecimiento correccional (art. 53 del Código penal); pedir el nombramiento de un tutor o de un curador en el caso de abuso en el ejercicio de la patria potestad (art. 233); solicitar la autorización y aceptar la herencia deferida al menor (art. 226); convocar el Consejo de familia (art. 257); proceder contra los miembros negligentes (art. 255); impugnar las decisiones del Consejo de familia (art. 815 del Código de procedimiento civil); pedir se adopten las oportunas decisiones en el caso de contraer la madre segundo matrimonio (art. 238); reclamar sobre la exclusión y remoción de los oficios tutelares (art. 271); promover la constitución de la tutela para los sujetos a interdicción legal (artículo 575 del Código de procedimiento penal) y los juicios de interdicción e inhabilitación de enfermos de mente, así como la revocación de las providencias recaídas en ellos (artículos 326, 338, 339 y 342 del Código civil y art. 838 del Código de procedimiento civil); proveer a la reclusión de los alineados en un manicomio (ley de 14 de Febrero de 1904, núm. 36); pedir se sellen los bienes de la herencia a la que sean llamados menores o interdictos no provistos de tutor o curador, o cuando el cónyuge o los herederos estén ausentes (art. 849 del Código de procedimiento civil); vigilar los registros del estado civil (artículos 365 del Código civil y 129 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865), de tutelas y curatelas (art. 349); intervenir en los procedimientos para rectificar las actas del estado civil (artículos 845 del Código de procedimiento civil, 134 y siguientes del Real decreto citado); reclamar la inscripción de hipoteca en favor de la mujer, de los menores y de los interdictos (art. 1.984); intervenir en los procedimientos de legitimación de los hijos por Decreto real (art. 200) y de adopción (art. 216).

b) *El pretor.*—Su actuación se extiende a todo aquello que se refiere a la constitución y funcionamiento de los Consejos de familia y de tutela de los cuales es presidente (artículos 249 y siguientes); en su lugar y por delegación suya puede el conciliador ejercer este mismo poder (art. 14 de la ley de 16 de Junio de 1892, núm. 261, sobre conciliadores). Cuida de los registros de tutelas y curatelas (art. 349), inspecciona los registros de estado civil (artículos 126 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865); acuerda en caso de urgencia el alejamiento del hijo de la casa paterna o su reintegración a ésta (artículo 221) o la reclusión de los alienados en un manicomio (ley de 11 de Febrero de 1904, núm. 36); autoriza a retirar capitales a condición de ser de nuevo colocados y a vender los bienes muebles del menor (art. 225); dispone se sellen los bienes de la herencia a que sean llamados menores o interdictos no provistos de tutor o curador o ausentes (art. 849 del Código de procedimiento civil); nombra en los juicios de su competencia curador al incapaz (artículos 224 del Código civil y 136 del Código de procedimiento civil).

c) *El Presidente del Tribunal.*—Incumbe a éste acordar el alejamiento del hijo menor de la casa paterna o su reintegración a ésta (art. 221); ordenar su clausura en un establecimiento de educación o correccional (artículos 222 y 279); intentar la reconciliación de los cónyuges, y cuando esta reconciliación no se efectúe, adoptar las medidas provisionales y urgentes en interés de los cónyuges y de la prole (art. 808 del Código de procedimiento civil).

d) *El Tribunal.*—Órgano fundamental del poder de control y de aprobación es el Tribunal, llamado a aprobar las decisiones del Consejo de familia y de tutela (artículos 235, 237, 238, 276, 292, 293, 299 y 301); resuelve todos aquellos casos en que haya un conflicto de intereses. Corresponde al Tribunal el nombramiento de curador para el incapaz en los casos dichos o en otros, por ejemplo, en el de ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad contra el menor o el interdicto (artículo 168); cuando surja conflicto entre el padre y los hijos sujetos

a la patria potestad o entre estos últimos (art. 224) o entre menores sujetos a la misma tutela (art. 246); le corresponde también el nombramiento de curador del vientre (art. 236). Le incumbe también dar la previa autorización para que el padre pueda realizar actos que excedan de la simple administración (artículo 224) o para que el curador especial pueda aceptar la herencia atribuida al hijo menor (art.

sobre la negativa del oficial del estado civil a celebrar el matrimonio (art. 98), decide sobre exclusión o remoción de los oficios (art. 271), nombra tutor o curador al hijo cuando el padre ejerza la patria potestad o la tutela legal de modo abusivo (artículo 233), fija nueva sede al Consejo de familia (art. 249), etcétera.

e) *La Corte de Apelación.*—Menos frecuente es la intervención de esta Autoridad judicial. La ley le confía la misión de consentir el matrimonio cuando se opongan a él los ascendientes o el Consejo de familia o de tutela (art. 67); dar su parecer sobre la legitimación de los hijos por decreto real (art. 200); decretar la adopción (art. 216).

f) *El Consejo de Estado.*—Este órgano tiene una especial competencia: emitir su parecer en la legitimación por decreto real (art. 200) en lo relativo a modificaciones y adiciones de nombres y apellidos familiares (art. 123 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865).

g) *El oficial del estado civil* ejerce importantes funciones en orden a los actos del estado civil, especialmente en materia de matrimonio. A su cuidado se confía el hacer las proclamas (artículos 70 y siguientes, 123 y siguientes del Código civil; 62 y siguientes del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865); ante él se celebra el matrimonio y él es quien declara la unión de los esposos (artículos 93 y siguientes del Código civil); por él se llevan los registros del estado civil, o sean los de ciudadanía, nacimientos, matrimonios, muertes, y él es quien recibe las oportunas declaraciones (art. 350 del Código civil, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865).

h) *El Soberano.*—Excepcionalmente también el Rey ejerce

podereb particulares que constituyen una especial prerrogativa de la Corona. Al Rey corresponde conceder la dispensa de los impedimentos matrimoniales por vínculo de parentesco, afinidad, edad (art. 68); también le corresponde la facultad delegada en el Ministerio público de dispensar de las proclamas (art. 78); concede la legitimación de los hijos naturales cuando no sea factible el subsiguiente matrimonio (art. 198); mediante Real decreto se autoriza el cambio de nombre personal o de familia (artículos 119 y siguientes, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865) (1).

i) Finalmente, también otros órganos individuales o colegiales pueden ejercer ciertos poderes en casos especiales; así, por ejemplo, las congregaciones de caridad cuidan y asisten a los menores indigentes o huérfanos (ley de 17 de Julio de 1890, número 6.972 y ley de 18 de Julio de 1904, núm. 390); las administraciones de los hospicios ejercen sobre los asilados los poderes propios del Consejo de familia (art. 252 del Código civil); al Juez de tutelas y a las Juntas nacional y provinciales—de creación reciente—se le confiere el desempeño de poderes y oficios tutelares para la protección y asistencia de huérfanos de guerra y de otras personas a éstos asimiladas (ley de 18 de Julio de 1917, núm. 1.140, y Decreto-ley de 30 de Junio de 1918, número 1.044). (2)

(1) Es muy importante la eficacia constitutiva de la relación familiar o del estado personal que tiene el acto del Soberano. Sobre su naturaleza jurídica—olvidada en general por los civilistas—ha escrito una interesante monografía Zanobini *I poteri regi nel campo del diritto privato* (Turín, 1917), que lo considera como actos legislativos especiales, ya que mediante ellos el Rey dispensa al particular de la observancia de las leyes de derecho común atribuyendo a la persona un estado o creando un vínculo mediante el ejercicio de una potestad que en puridad corresponde al poder legislativo, el cual lo delega en el Jefe del Estado.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Siguiendo la clasificación del autor, vamos a exponer un resumen de las funciones que están atribuidas por la ley civil a los órganos de la vida familiar.

I. *Organos individuales.*—a) *Padres.*—Les corresponde la patria potestad sobre sus hijos (artículos 154 y siguientes) y la administración de sus bienes (art. 159); conceden la licencia o el consejo para contraer matrimonio (artículos 45 y 46); legitiman, reconocen y pueden desconocer la legitimidad (artículos 120, 125, 129 y 111); pueden emancipar al

mayor de dieciocho años (art. 314); designar tutor, protutor y vocales del Consejo de familia (artículos 206 y 294); puede corresponderles la tutela (artículos 220 y 227); representan al hijo ausente (art. 183) y tienen otras facultades, como las señaladas en los artículos 45, 59, 165, 178, 214, 321, etc.

b) *Ascendientes*.—Puede deferírseles la tutela (artículos 211, 220, 227 y 230), impugnar la legitimación (art. 128), conceder su consentimiento para el matrimonio (art. 46) y la adopción (art. 178) representando al hijo ausente (art. 183).

c) *Otros parientes legítimos*.—Los hermanos pueden ser llamados a la tutela (artículos 211, 220 y 230) estando facultados para pedir la declaración de incapacidad (art. 214) y de prodigalidad (art. 222) siendo oídos en el expediente que se incoe (art. 217).

d) *Cónyuge*. El marido es el jefe de la familia y debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido (art. 57); fija el domicilio conyugal (artículo 58), administra los bienes de la sociedad conyugal (art. 59) siendo el representante legal de su mujer (art. 60) a la que concederá licencia para adquirir (art. 61) pudiendo instar la nulidad de los actos otorgados sin su licencia (art. 65). Uno y otro cónyuge pueden solicitar la nulidad del matrimonio y el divorcio (artículos 102 y 106), adoptar conjuntamente (art. 174), pedir la incapacidad por locura o prodigalidad (artículos 214 y 228), correspondiéndoles la tutela (artículos 220 y 230) y representación del ausente (art. 183), etc.

e) *Tutor*.—Le corresponde la representación del menor o incapaz (art. 262), debiendo realizar todo cuanto pueda beneficiar a la persona o bienes del sujeto a tutela (art. 264), teniendo entre otras las facultades que le confieren los artículos 59, 258, 272 y 308.

f) *Protutor*. Las funciones se refieren a inspección y garantía de la eficacia de la tutela y están señaladas en los artículos 236, 256, 258, 265, 272, 275, 279 y 308.

g) *Extraños*.—Aunque no ligados por vínculo familiar, pueden tener alguna intervención en el régimen de la familia cuando instituyen heredero a un menor (artículos 207 y 276; también pueden ser llamados como vocales al Consejo de familia (art. 294).

h) *Defensor judicial*.—A quien se confiere la representación del hijo en los actos en que tenga interés contrapuesto al de sus padres (artículo 165).

II *Organo colegiado: El Consejo de familia*.—Le están atribuidas todas las medidas necesarias sobre la persona y bienes del menor o incapacitado y constitución de la tutela (art. 301) y en orden a ellas las que le confieren los artículos 46, 178, 206, 207, 209, 216, 231, 233, 239, 243, 255, 258, 261, 265, 266, 268, 269, 274, 275, 279, 282, 285, 304, 308, 322, etcétera.

III. *Organos del Estado*.—a) *Ministerio fiscal*.—En términos generales, le está atribuida la representación de todo incapaz hasta tanto no se ha provisto a la defensa de sus intereses, debiendo velar por el cumplimiento de la ley. Señaladamente le atribuyen funciones en orden a la vida familiar los artículos 98, 102, 103, 163, 165, 178, 181, 196, 212, 215, 222, 223, 228, 293, 302 y 322.

b) *Jefe municipal*.—Tiene intervención en el matrimonio canónico (art. 77) y en el civil (artículos 86 y siguientes); en las correcciones que pueden imponer los padres a los hijos (art. 156) y en orden a la tutela las señaladas en los artículos 203, 232, 293, 294 y 300.

c) *Jefes de las Casas de expósitos*.—Son los tutores de los recogidos.

§ 105.—*Derechos patrimoniales en la familia*

Brugi, *Ist.*, § 79; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 257, 467 y siguientes; Chironi, *Ist.*, II, §§ 433436; Zachariae, *Man.*, III, § 522; Aubry y Rau, *Cours.*, IX, §§ 552, 553; Planiol, *Traité*, I, n. 658, 1.680, 904 y siguientes.

El derecho familiar no se agota con las potestades y relaciones personales, o mejor dicho, estas potestades no se reducen a meros poderes sobre las personas, a relaciones entre los miembros del consorcio familiar; asociados y mezclados a éstos hay también relaciones patrimoniales, derechos de contenido económico, que constituyen otras tantas instituciones especiales del derecho de familia.

Estos derechos, que reproducen a veces figuras de derecho patrimonial común, a veces son tipos especiales y específicos del derecho familiar, constituye siempre algo distinto con peculiaridades y características privativas, de modo que sería inútil para fijar su noción recurrir a los principios que presiden las demás ramas del Derecho privado. Se reproduce aquí lo dicho respecto al fin superior para cuya consecución se organiza la familia y al aspecto de *deber* que tiene todo derecho subjetivo familiar.

o educados en ellas (art. 212), otorgando el consentimiento para su matrimonio (art. 46).

d) *Administración de las Casas de expósitos.*—Ejercen respecto de los asilados las facultades del Consejo de familia (art. 303).

e) *Autoridad gubernativa.* Que ha de apoyar la autoridad paternal, ya sea dentro del hogar, ya para detener y aun retener a los hijos (artículo 156).

f) *Tribunales ordinarios.*—Son muchas las funciones que les están atribuidas, y entre ellas las fijadas en los artículos 68, 71, 74, 133, 163, 165, 171, 178, 181 y siguientes, 216, 240, 249, 255, 276, 279, 288, 292, 296 y 310.

g) *Presidente de la Audiencia territorial.*—Ha de aprobar la emancipación acordada por el Consejo de familia (art. 322).

h) *Tribunales eclesiásticos.*—Les está atribuido el conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio en los matrimonios canónicos (artículo 80).

i) *Gobierno.*—Dispensa de determinados impedimentos matrimoniales y la publicación de edictos (artículos 85 y 92).

j) *Jefe del Estado.*—Está facultado para conceder la legitimación del hijo que no pueda serlo por subsiguiente matrimonio (art. 125).

Cierto que la familia moderna no se halla organizada patrimonialmente, pues no es una persona jurídica a la que corresponda un patrimonio propio que no pertenezca a los individuos, sino al ente colectivo; ni, aun siendo, como es un organismo unitario, en muchos de sus aspectos, tiene un patrimonio común destinado a fines superiores. Instituciones como la comunidad *zur gesammten Hand* del Derecho germánico no se dan en el Derecho italiano, donde únicamente se podría hallar algún vestigio o vaga reminiscencia. Sin embargo, aun faltando una organización de base patrimonial, se da la cooperación de las fuerzas y energías patrimoniales del grupo para la consecución de aquel fin superior que es indispensable a la familia. Y como en general en orden a los derechos subjetivos familiares, «no hay (me sirvo de las palabras de Cicu) (1) entre marido y mujer, padre e hijo, distintos y recíprocos derechos individuales, ya que la reciprocidad no puede entenderse aquí como conexión, concatenación de relaciones o de derechos subordinados unos a otros y toda relación o derecho se halla en conexión orgánica con un fin superior», así también en las relaciones patrimoniales de familia falta aquella independencia y autonomía, característica de los derechos que en las demás esferas se atribuyen al individuo. Hay más bien una interdependencia, lo que se revela especialmente en la obligación alimentaria, en la cual derecho y deber se desplazan y gradúan según las necesidades y los medios: característica ésta de la solidaridad (2).

Penetrados del elemento deber, los derechos familiares patrimoniales no se atribuyen al particular para satisfacer un interés personal suyo, sino para subvenir a una necesidad superior, o sea familiar; no es al marido o al padre *individualmente* a quienes se atribuye, por ejemplo, el derecho de administrar los bienes de la comunidad (art. 1.438 del Código civil) o de la dote (art. 1.399), o los del hijo menor (art. 244) y de adquirir los frutos de estos bienes, sino *como jefe* del consorcio familiar y a fin de mantener en vida este organismo y de promover

(1) *Diritto di famiglia*, pág. 87.

(2) Cicu, ob. cit., páginas 86 y 100.

su prosperidad. De aquí que a veces falten los poderes de disposición, como ocurre con los bienes dotales sustraídos a la disponibilidad de los cónyuges y afectos de inalienabilidad mientras subsista el matrimonio (art. 1.405); que otras veces la facultad de disponer por testamento resulte limitada por la cuota de reserva que corresponde a los hijos y descendientes, a los ascendientes y al cónyuge (artículos 805 y siguientes); que en ocasiones sean más rigurosas las responsabilidades derivadas de la administración de los bienes, como la que corresponde al tutor sobre los bienes del pupilo (artículos 302 y siguientes) o al marido de segundas nupcias que se asocia a la viuda en la administración de los bienes de los hijos del primer matrimonio (artículos 238 y 239). Finalmente, los derechos patrimoniales familiares se estructuran de modo diverso, y con frecuencia profundamente diverso, al de los demás derechos de contenido económico, predominando en ellos (en los de familia), como nota esencial, el carácter imperativo y obligatorio de la norma por el que el derecho queda sustraído a la libre determinación de las partes, y no sólo su interna estructura, sino que incluso su ejercicio se halla predeterminado y es irreformable. Sólo excepcionalmente se confiere al particular la libertad de regular la relación, bien por otorgársele la facultad de optar por uno u otro régimen, como, por ejemplo, ocurre en el matrimonio, en que los cónyuges pueden elegir el régimen de la comunidad, el de la separación o el dotal (art. 1.378)—o porque se autoriza el establecimiento de modalidades cuando no se opone al interés superior—como ocurre cuando el tercero dona o dispone por testamento en favor del hijo menor de otro con la condición de que el padre de éste no tenga el usufructo legal de los bienes objeto de la donación o disposición testamentaria (art. 229).

El supuesto para la existencia o adquisición de tales derechos es una relación parental, un estado familiar, una determinada potestad. Del vínculo parental legítimo natural o civil y del conyugal derivan: el derecho hereditario en la sucesión legítima (artículo 271) y la cuota de reserva en la testamentaria (art. 805), el derecho de ser puesto en posesión de los bienes del ausente

(artículos 30 y 31), el derecho de alimentos (art. 142), el usufructo legal del padre (art. 228), el derecho de administración de los bienes dotales y de los de la comunidad conferido al marido (artículos 1.399 y 1.438), el derecho de éste a apropiarse los frutos de la dote (art. 1.399), etc. A éstos hay que añadir el vínculo de parentesco por afinidad que produce algún efecto en el orden patrimonial: así la obligación alimentaria es la única institución que exige el supuesto de un parentesco por consanguinidad o afinidad o el estado conyugal (art. 140) e incluso el parentesco natural no susceptible de reconocimiento (hijos adulterinos, incestuosos, art. 193). Donde surge la potestad, aparece el derecho patrimonial como un atributo de la misma, atributo que, juntamente con los de carácter personal, constituye el contenido de dicha potestad; de esto deriva la importante consecuencia de que el vínculo parental no basta, sino que precisa el hallarse investido de tal potestad, de modo que si ésta se retira por incapacidad o por condena, el derecho se pierde. Así el usufructo legal sobre los bienes que el hijo adquiere por título lucrativo es precisamente un atributo de la patria potestad, pero si ésta le es retirada, el usufructo cesa (artículos 231 y 233); la administración de los bienes de la sociedad conyugal o de la dote es atributo del poder marital, pero si este poder se extingue, la facultad de administración desaparece (artículos 1.418 y 1.441). Pero a veces el supuesto de la relación familiar o del poder no basta; para que surja el derecho patrimonial, precisa una declaración de voluntad, un negocio jurídico, así que de éste deriva el derecho de modo directo. Tal ocurre con los derechos que corresponden al marido sobre los bienes dotales o de la sociedad conyugal, que precisan de la convención expresa y consignada en documento público (art. 1.382), pues en defecto de capitulaciones se aplica el régimen legal de la separación.

Los derechos que estudiamos en cuanto que derivan de una relación familiar son siempre derechos absolutos, o sea que tienen eficacia contra todos. Por estar dotados de tal eficacia deben ser reconocibles por los terceros. Esto se consigue en la mayoría de los casos fácilmente, en cuanto que mediante las

actas del estado civil o mediante la posesión de estado o de otro modo cualquiera, es dado a conocer el vínculo familiar o la potestad a que el derecho patrimonial va asociado. También en algunos casos se ordena por la ley una especial publicidad para proteger mejor la buena fe de los terceros; así para la dote, la transcripción (art. 1.932 del Código civil, Decreto-ley de 21 de Abril de 1918, núm. 575), para la sociedad conyugal la descripción de los bienes hecha en documento auténtico (artículos 1.437 y 1.446 del Código civil) y la transcripción (Decreto-ley citado).

Son, pues, derechos absolutos ya que, al igual que los estados personales, tienen una eficacia universal. Pero por su estructura interna pueden distinguirse—análogamente a los derechos patrimoniales no familiares—derechos reales y derechos de crédito. Reales son, por ejemplo, el usufructo legal del padre, el derecho de goce de los frutos de la dote que corresponde al marido, el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes y rentas de la comunidad conyugal; derechos de obligación son el de alimentos entre cónyuges, parientes y afines; la responsabilidad derivada de la administración del patrimonio que corresponde al padre, al tutor y al curador. El derecho hereditario es el de aplicación más extensa en esta esfera, en cuanto que la sucesión legal se basa en el parentesco legítimo o natural y en el estado conyugal.

Las instituciones fundamentales en esta rama del derecho son, pues:

a) en el matrimonio y en las relaciones conyugales la dote y la comunidad conyugal de bienes que con el régimen de separación de éstos constituyen los tres sistemas patrimoniales por que pueden optar los cónyuges; correlativos a estos regímenes o sistemas figuran el parafernial, el de las donaciones y lucros nupciales y en general cualquiera otro que pueda ser objeto de convención por los cónyuges;

b) asociado a la patria potestad y a las relaciones paternofiliales, el usufructo legal;

c) asociada a la patria potestad, tutela y en general a todo otro poder sobre incapaces, la administración de los bienes de la

persona protegida, con las consiguientes obligaciones y responsabilidades;

d) al parentesco y al estado conyugal va asociado el derecho de sucesión legítima, la institución de la reserva, la de división *inter liberos*, la de la colación, etc.

e) al parentesco y al estado conyugal va asociada la obligación alimentaria.

Ahora bien, como las citadas instituciones presuponen relaciones personales, al hablar de éstas en particular se estudiarán los efectos patrimoniales del matrimonio, de la filiación legítima y natural de la tutela y de la curatela. Del derecho sucesorio nos ocuparemos por exigencias metodológicas al final. Expondremos ahora brevemente la teoría de la obligación alimentaria que el Código (artículos 139-146) y muchos tratadistas reglamentan y estudian al ocuparse del matrimonio, no obstante referirse a las relaciones familiares en general.

Obligaciones alimentarias (1).—La obligación alimentaria puede surgir entre extraños en virtud de convención o de disposición testamentaria o por efecto de un delito, o bien por precepto legal entre personas unidas por un determinado vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad. La primera

(1) Sobre esta materia, Cicaglione, *Alimenti*

Il dir. dei figli agli alimenti consid. in rapporto alla loro istruzione ed educazione, Torino, 1886; Quartazone, *Il dir. agli alimentari*, Torino, 1884; Polacco, *G'invalidi al lavoro e l'obbligazione alimentare fra congiunti*, Firenze, 1893; de Ruggiero, *Alimenti*, en *Dir. prat. di Dir. priv.*; Fornari, *Dell'obbligo degli alimenti nel Dir. civ. it.*, Nápoles, 1902; Cicu, *La natura giur. dell'obbligo alimentare fra c* II, 1910, páginas 145 y siguientes); Cicu, *Sul di adulterini e incestuosi* (ib., III, 1911, páginas 191 y siguientes); Schanze, *Lur Lehre vom Alimentationsanspruch* (*Arch. f. civ. Pr.*, LXIX, páginas 241 y siguientes); Hussarek, *Die familienrechtliche Alimentation nach Osterr. Recht.* (*Grünhut's Zeitschr.*, XX páginas 481, 649 y siguientes); Lössl, *Recht auf Unterhalt* (*Allg. Osterr. Gerichts-Zeitung*, LIII); Hübscher, *Unterhalts-und Unterstützungspflichtin Familienrecht des Schweiz. Zivilgesetzob*, Zohngen, 1918; Jeny, *Etude sur l'orents et alliés*, París, 1876; Feissier, *Des obligations alimentaires dans la famille a Rome et en France*, París, 1880.

obligación debe distinguirse netamente de esta segunda, de la que difiere no sólo por la causa, sino también por la estructura y naturaleza jurídica internas.

La obligación legal de los alimentos reposa en el vínculo de solidaridad que enlaza a todos los miembros del consorcio familiar y en la comunidad de intereses, causa de que las personas pertenecientes a un mismo grupo se deban recíproca asistencia; su fundamento es idéntico al que justifica la sucesión hereditaria; legítima ya que así como en ésta la relación sucesoria es recíproca, así también son recíprocos el derecho y obligación alimentarios aun cuando por causas especiales no se dé siempre una exacta correspondencia entre los llamados a la sucesión y los que tienen derecho a alimentos. Surgido éste como consecuencia del deber ético de un *officium* confiado a las *pietas* y a las normas éticas, ingresa luego en el campo del derecho que eleva este supuesto a la categoría de obligación jurídica provista de sanción, obligación que no es como algunos creen una obligación, un subrogado del deber que incumbe al Estado frente a los necesitados e indigentes, de tal modo que cuando existan parientes que estén en situación de prestar ayuda, se hallen éstos obligados a sufrir tal carga con preferencia al Estado (1); la obligación que estudiamos es una obligación autónoma e independiente que nace directamente del vínculo familiar y que reconoce en las relaciones de familia, su causa y su justificación plenas.

Su finalidad es proporcionar al pariente necesitado cuanto precisa para su manutención o subsistencia, entendida ésta en su más amplio sentido, o sea en el de asegurar al alimentista los medios de vida si no halla donde obtenerlos y se encuentra en la imposibilidad de procurárselos. La obligación se cumple procurando directamente los alimentos o los medios idóneos para obtenerlos; de aquí las dos clases de obligación alimentaria: aquella en

(1) Así parece deducirse del art. 81 de la ley de Orden público de 30 de Junio de 1889, núm. 6.144, que autoriza el asilo de los indigentes en los hospicios de mendicidad cuando no tengan parientes obligados legalmente a alimentarlos.

que los alimentos son debidos en especie, o adoptando un punto de vista menos materialista, aquélla cuyo objeto es la manutención de la persona (*obligación alimentaria propia*) y aquélla cuyo objeto son los medios (pensión, asignación o renta alimentaria idóneos para conseguir la finalidad de la manutención que está así fuera de la obligación (*obligación alimentaria impropia*). Sin embargo, tal finalidad es immanente a la obligación alimentaria familiar, precisamente, porque la ley quiere que quien se halla necesitado, sea mantenido por el pariente obligado. En la obligación alimentaria que deriva de la ley y sobre todo en la que se basa en el vínculo familiar (el caso más importante de elementos legales, a la idea de sustento y satisfacción de las necesidades se une la de cuidado de la persona, no ya en el sentido técnico propio de la curatela del incapaz, sino en el más amplio de asistencia y ayuda. Prueba esta afirmación el hecho de que si la obligación alimentaria por sentencia o convenio se concreta en una prestación fija de dinero, no basta para extinguir la obligación el realizar la prestación, si el fin último no se ha alcanzado; tampoco la disipación y malas costumbres del alimentista liberan al pariente de la obligación que le incumbe, que se renueva o resurge mientras el fin de la subsistencia del alimentista no se cumpla y porque la obligación de alimentar forma parte de un deber más amplio y elevado, el de la asistencia de la persona.

Por esta y otras muchas características especiales de la obligación alimentaria familiar, algún autor (1) ha negado el carácter patrimonial al derecho que incumbe al alimentista. El derecho del alimentista no constituye un elemento activo de su patrimonio porque no es este elemento algo de que pueda disponer, un valor que aumente el patrimonio y sirva de garantía a los acreedores; no constituye siquiera un interés patrimonial o individual del alimentista al que la ley otorgue protección, sino un interés de orden superior y familiar. Inversamente el débito por alimentos no constituye para el obligado un elemento pasi-

(1) Así, por ejemplo, Cicu, en su *Natura giur.*, páginas 166, 180 y 185.

vo de su patrimonio, ya que su importe no se toma en cuenta cuando se valúa la entidad económica del patrimonio del deudor. No se da, aquí pues, ni una ventaja, ni una carga patrimoniales porque su carácter prevalente es el carácter superior familiar y social de la institución que excluye del ámbito de las relaciones individuales puras y simples de contenido económico. La tesis es algo exagerada, ya que la obligación de alimentos con su prestación cuando se cumple se traduce en un aumento o disminución en el patrimonio; pero también es cierto que se trata de una obligación con caracteres especiales que no solamente la distingue de las demás, sino también (como ya se dijo), de las restantes alimentarias que no tienen su raíz en el vínculo familiar.

Estos caracteres se refieren a una triple condición cuyo concurso es necesario para que la obligación surja: 1), una persona unida por un determinado vínculo y grado de parentesco que se halle necesitada y no pueda procurarse los medios de subsistencia; 2), otra persona a la que la ley imponga la obligación de prestar alimentos; 3), capacidad económica del obligado. Y en efecto:

a) Como la obligación no subsiste sino en tanto subsiste la necesidad en una persona y la posibilidad de satisfacer está en la otra, y como ésta última tiene su límite en la capacidad patrimonial del deudor, la obligación es por su naturaleza *condicional y variable*; cesa cuando se extingue la necesidad o no se tiene la precisa capacidad patrimonial, y la prestación varía en su cuantía según las variaciones de la necesidad y de la fortuna de ambas partes (art. 144).

Lo que constituye la característica de la obligación alimentaria familiar no se da (o se da muy raramente) en los alimentos debidos por efecto de un contrato o por testamento, en los cuales el derecho del acreedor es independiente de la necesidad y la medida o cuantía de la prestación es fija e inmutable.

b) Al obligado legalmente a prestar alimentos y principalmente a quien se halla obligado a tal prestación por vínculo familiar, se le concede el derecho de elección entre la prestación en especie o en dinero (art. 145). El acto testamentario o la con-

vención, determinan casi siempre el modo de realizar la prestación y excluyen la facultad de elegir.

c) La obligación es siempre *recíproca* porque quien está obligado a prestar alimentos al pariente necesitado, tiene a su vez derecho a obtenerlos de éste si llega a estar necesitado y el alimentista primitivo habiendo mejorado de fortuna, está en situación de socorrerlo.

d) La deuda y el crédito son estrictamente *personales e intransmisibles*, ya que la relación obligatoria es personal por cuanto se basa en el vínculo familiar que une al deudor con el acreedor. La deuda cesa con la muerte del obligado (art. 146) y no se transmite a sus herederos, que podrán, sin embargo, ser obligados a prestar alimentos, solamente en el caso de que se hallen ligados por el vínculo familiar, al que la ley asocia la obligación; en este caso la obligación surge en ellos originariamente, no como herederos. También se extingue el crédito naturalmente por muerte del alimentista. De aquí su *impignorabilidad* (artículo 925 del Código de procedimiento civil) y su *incedibilidad*, porque el crédito no es separable de la persona, no es un valor económico del que pueda disponerse libremente, ni un bien que pueda ser secuestrado por los acreedores del alimentista, para que este derecho se dé para la subsistencia del titular.

e) No es susceptible de *compensación* ni *renunciable*. Lo primero (art. 1.289, núm. 3), porque el crédito que tiene el obligado contra el alimentista no puede extinguir un débito (el de alimentos) que exige satisfacción a toda costa; sería la propia persona del alimentista la que resultaría comprometida por tal incumplimiento. Lo segundo, porque en la relación predomina el interés público que exige que la persona necesitada sea sustentada y no consiente que se haga más onerosa la carga que pesa sobre las instituciones de pública beneficencia. El sustento de la persona no es un simple derecho individual sujeto a la libre disposición del particular y sí un derecho protegido por razón y en vista de un interés público y aun contra la voluntad de su titular.

f) Tampoco es susceptible de *transacción* por implicar ésta una renuncia parcial hecha para dirimir un litigio actual o futu-

ro. Si la transacción recae sobre la obligación misma y ésta es excluida, nos hallamos frente a una renuncia; si recae sobre las modalidades de la prestación, por ejemplo, sobre el tiempo o cuantía, nos hallaremos frente a un acto ilícito de disposición cuando por efecto de la transacción se fije una cuantía de alimentos insuficientes o se pongan modalidades que hagan la obligación inadecuada para el fin que persigue.

g) El momento de iniciarse la obligación de prestar alimentos entre parientes, constituye una particularidad de la misma que la distingue de las demás obligaciones alimentarias. En efecto, mientras en los alimentos debidos por convención o testamento, o por delito o cuasidelito, la obligación surge desde el día de la convención o de la apertura de la sucesión, la obligación alimentaria familiar no surge con el simple nacimiento del vínculo parental de consanguinidad o afinidad o del estado conyugal, ni al concurrir los otros dos requisitos enunciados (necesidad del alimentista, capacidad económica del obligado), sino al ser deducida demanda judicial. Desde este día de la reclamación serán debidas las prestaciones alimentarias por un pariente al otro. De esto se deduce que los alimentos atrasados no son reclamables, pudiendo en cambio reclamarse cuando su título sea la convención, el testamento o el acto ilícito. Expresa esto el aforismo latino *in praeteritum non vivitur* muy frecuentemente recordado por los autores y tratado por ellos como principio general aplicable a toda clase de obligación alimentaria, siendo así que su esfera de aplicación es solamente la de los alimentos que son legalmente debidos. El principio *in praeteritum non vivitur* significa que la prestación alimentaria, dado el fin que persigue, debe ser cumplida inmediata y oportunamente, así que si no se cumple a tiempo, la finalidad cesa: la persona que tenía derecho a exigir alimentos y no los hubiere exigido, ha vivido, y por tanto no necesita ser sustentada por el tiempo ya transcurrido y sí únicamente por el futuro. La razón que justifica esto no es como algunos creen una renuncia presunta del alimentista que pudo reclamar y no quiso hacerlo, ni una ausencia presunta de necesidad en el alimentista, y sí, en cambio, el fin práctico que la ins-

titución persigue, que es asegurar la existencia de la persona, fin que se refiere al futuro y para nada al pasado. Teniendo en cuenta la naturaleza de este fin, puede decirse que la deuda alimentaria se extingue y renace cada día, esto es, se extingue por el pasado, y resurge por el futuro. Esto no ocurre en los alimentos debidos por efecto de un negocio jurídico, en los que el crédito se adquiere inmediatamente y sólo está sujeto a las causas ordinarias de extinción (prescripción, etc.); de modo que la prestación se debe aunque no hubiere sido demandada oportunamente. Pero aun extinguido el débito por los alimentos atrasados, sobrevive en el alimentista un crédito alimentario; así, si contrajo deudas para procurarse el sustento, el obligado a prestar alimentos lo está a cancelar tales deudas y hasta puede ser responsable por daños y perjuicios por no haber cumplido oportunamente su obligación y no obstante conocer la necesidad del alimentista, haberse negado injustamente a satisfacerla.

h) Finalmente la obligación no se extingue simplemente por el hecho de que la prestación sea satisfecha. La consideración del fin particular que la obligación persigue, así como autoriza a afirmar que los alimentos atrasados no son debidos, así también autoriza a estimar obligado al alimentante a renovar la prestación si por una causa cualquiera (aun siendo imputable al alimentista) el titular del crédito alimentario no provee a su subsistencia. Siendo este el fin que la ley tiene en cuenta, debe estimarse no alcanzado cuando la persona, a pesar de haberse realizado la prestación, se halle aún necesitada. Incumbe al obligado la adopción de las oportunas garantías y la elección del modo de efectuar la prestación que asegure el efectivo sustento.

Las personas entre las cuales la ley establece recíprocamente la obligación de alimentos, son las ligadas por los más estrechos vínculos familiares (1): la relación conyugal que liga a ambos es-

(1) También entre otras personas no unidas por relaciones familiares puede surgir la obligación legal de alimentos; así, el donatario los debe al donante (art. 1.081 del Código civil), el activo de la quiebra los debe al comerciante quebrado (art. 752 del Código civil). Pero de estos casos no se trata aquí.

posos, la de consanguinidad, ya unida a relación de parentesco legítimo, ya pura y simple como el de la filiación natural; el que imita el vínculo de sangre como es el civil de la adopción; el de afinidad.

La ley no se limita a designar las personas de los parientes que están obligados, sino que determina también el orden sucesivo por el que éstos son llamados, de modo que los llamados posteriormente no vendrán obligados sino en defecto de los que le precedan en el llamamiento. Se requiere la existencia de un estrecho vínculo entre el obligado y el alimentista, por lo que aquí no se toma la familia en su acepción amplia, sino en la de núcleo circunscrito a los parientes consanguíneos y afines y aun sólo a aquellos reunidos en una misma casa y vinculados por íntimas relaciones patrimoniales. Esto explica por qué no hay una exacta coincidencia entre los llamamientos a la sucesión hereditaria y los que se hacen para la prestación de alimentos, así como el que no sea aplicable a nuestro Código el antiguo principio *ubi emolumentum successonis, ibi est onus alimentorum*. No coinciden el llamamiento sucesorio y el que se verifica para la prestación de alimentos, ni relativamente a las personas, puesto que de la sucesión legítima se excluyen los afines, ni por el orden de los respectivos llamamientos, ya que en la obligación alimentaria son llamados en primer lugar el cónyuge, y en último los hermanos y hermanas, y el orden de los llamamientos hereditarios es, como se verá, distinto.

El art. 142 del Código civil establece que la obligación de prestar alimentos recae en las siguientes personas, por este orden: en primer lugar sobre el cónyuge, en segundo sobre los descendientes, luego sobre los ascendientes, después sobre el yerno o nuera, seguidamente sobre el suegro y la suegra, y finalmente sobre hermanos y hermanas. Este precepto debe ser completado con los de los artículos 186, 187, 193 y 211, que aluden a la obligación alimentaria de los hijos legítimos para con sus padres, de los padres naturales para con sus hijos naturales, de éstos para con sus padres, de los padres para con sus hijos adulterinos e incestuosos, del padre adoptivo para con el adoptado

o de éste para con el padre adoptivo. La obligación se extiende, pues, de la relación conyugal al parentesco legítimo en línea recta hasta el infinito y por grados, de modo que se impone primeramente a los descendientes, luego a los ascendientes y en cada línea (ascendiente y descendiente) el pariente más próximo exonera al más remoto; en el parentesco natural y en el adoptivo la obligación sólo se da en la relación entre padres e hijos; pasa luego a la afinidad en línea recta y por el primer grado solamente, recayendo primeramente sobre el yerno y la nuera, que tienen la consideración de hijos, luego sobre el suegro y la suegra, que la tienen de padres, y, por último, se recurre al parentesco legítimo en línea colateral hasta el segundo grado; se hace, por tanto, extensiva la obligación a los hermanos y hermanas solamente. Paralelamente a esta gradación aparece una serie de requisitos y condiciones varios que se exigen para el ejercicio del derecho alimentario; este derecho, que es pleno, incondicional y de duración y que surge donde más estrecho es el vínculo paternal, se va limitando más a medida que tal vínculo se afloja, exigiéndose condiciones más rigurosas, reduciendo el contenido de la prestación o acortando el tiempo de subsistencia de la obligación. Pueden resumirse todas las normas en la advertencia siguiente: el mismo orden con que la ley enumera las personas obligadas es el de los titulares del derecho alimentario (1).

I. *Cónyuges*.—En la relación entre cónyuges precisa distinguir la obligación alimentaria que es recíproca entre marido y que presupone la necesidad, de otro deber que el matrimonio impone exclusivamente al marido, en el que no aparece para nada la necesidad. Como el marido es el jefe de la familia y debe sostener las cargas del matrimonio (a las cuales puede contribuir la mujer en el régimen dotal con los frutos de la dote y en el de comunidad con los productos o rentas de su aportación), se le impone con la obligación de proteger a la mujer, la de mantenerla suministrándole todo lo que necesite proporcionalmente a sus disponibilidades (art. 132). Ahora bien, esta obligación,

(1) Véase sobre esto Schiavone, *L'ordine fra gli aventi diritto agli alimenti* (*Foro it.*, 1919, I, pág. 1.133).

que contiene y absorbe en sí la alimentaria, es, como se ve, más amplia y autónoma, y reconoce un fundamento distinto; se justifica por la posición preeminente de jefe de familia que se atribuye al marido, y, por tanto, es obligación personal del mismo y no recíproca. La obligación alimentaria es absorbida por este deber más amplio y no constituye una figura específicamente distinta. Puede constituirla cuando el régimen normal del matrimonio se perturbe; así en el caso de separación conyugal por culpa de ambos cónyuges, el marido vendrá obligado, si la mujer está necesitada, a prestar a ésta alimentos (art. 156, párr. último), y los deberá prestar también en caso de separación por culpa de la mujer (art. 156), por que la necesidad es superior a la culpa. Si la separación ocurre por culpa del marido o por mutuo consentimiento, éste vendrá obligado a cumplir el amplio deber que le impone el art. 132. A la mujer no incumbe, en cambio, otra obligación que la estrictamente alimentaria; el deber de alimentar al marido no le es impuesto sino en el caso de que éste no cuente con medios suficientes (art. 132) o sea en el de hallarse en la imposibilidad no sólo de mantener a la mujer, sino también de sustentarse él mismo; esta obligación debe ser cumplida no solamente con los bienes dotales, sino también con los parafernales.

II. *Padres.*—Se debe repetir aquí la advertencia que se hizo respecto al marido. No hay tampoco que confundir la obligación de prestar alimentos, que incumbe a los padres, con la más amplia de mantener, educar e instruir la prole (art. 138) que también le es impuesta.

Este más amplio deber que la naturaleza impone y la ley consagra prescinde de la necesidad de los hijos y se establece en proporción a las posibilidades económicas del padre y de la madre, teniendo en cuenta, para fijar la contribución materna, los frutos de la dote (art. 138, párr. 1.º), y sin prescindir además del aumento que experimenta el patrimonio del padre que ejerce la patria potestad por efecto del usufructo legal que le es atribuido sobre los bienes del hijo menor. La obligación alimentaria propiamente dicha (art. 142) surge solamente cuando, cumplida la

más amplia de la educación, instrucción, dación de carrera, el hijo se encuentra necesitado. Esta obligación se impone a los padres *legítimos* y a ambos padres, debiendo concurrir proporcionalmente a sus respectivos bienes, aun en el caso de estar los cónyuges separados; pero si la hija contrae matrimonio, la obligación de alimentarla se transfiere al marido en primer término y recae en los padres si aquél no puede cumplir la obligación. También incumbe a los padres *naturales* respecto a los hijos reconocidos o declarados tales; también en este caso hay que distinguir la obligación alimentaria del más amplio deber de mantener, educar e instruir la prole de que antes nos ocupamos, distinción que por lo demás expresa de modo clarísimo el artículo 186: «El padre está obligado a mantener, educar, instruir y preparar para el ejercicio de una profesión o de un arte al hijo natural reconocido, y a proporcionar a éste alimentos si *posteriormente* estuviere necesitado y siempre que el hijo no tenga cónyuge o descendientes en condiciones de prestar aquéllos».

También está obligado a esto el padre *adoptante* respecto al hijo *adoptivo* en cuanto que aquél subentra en el lugar de los padres naturales, no sólo en lo que atañe a la obligación alimentaria, sino también en lo relativo a la de educar e instruir, como declara expresamente el art. 211: «El padre y madre adoptivos deben continuar, si precisa, la educación del adoptado y prestar a éste los auxilios y los alimentos que necesitase. La obligación de alimentar en caso de necesidad es recíproca entre el adoptante y adoptado. Tal obligación en el adoptante precede a la de los padres legítimos y naturales y en el adoptado concurre con la de los hijos naturales o legítimos del adoptante».

En cuanto a los hijos que no pueden ser reconocidos, como los adulterinos e incestuosos, la ley, aun manteniendo firme el principio de que no puede darse en orden a ellos relación legal de filiación, ha impuesto al padre, por razones de humanidad, la obligación de alimentarlos cuando excepcionalmente conste la paternidad o maternidad de tales hijos. La paternidad o maternidad adulterina o incestuosa cuya investigación directa está prohibida, puede resultar acreditada indirectamente o declarada

en una sentencia civil o criminal, o derivarse de un matrimonio declarado nulo, o hacerse constar por los padres mediante declaración escrita. Son éstos los únicos tres casos en que el art. 193 del Código civil otorga una acción al hijo para reclamar de sus padres alimentos. Ahora bien, este derecho de los hijos no reconocibles no difiere esencialmente del que corresponde a los demás legítimos o naturales reconocidos; aun cuando a tales hijos no reconocibles les sea negado un *Status familiae* y su condición no puede hacerse valer para otros efectos, la base de la obligación es idéntica: el vínculo de sangre que liga al padre con el hijo, y aunque en este caso tal vínculo está reprobado por la ley y no puede engendrar relación familiar alguna legal, da origen a una relación natural que basta a producir el deber de prestar alimentos en quien la ha originado. Pero esta relación ofrece una especial estructura; mientras en los demás casos la obligación alimentaria es intransmisible y se extingue con la muerte del obligado, en el caso que nos ocupa se transmite a los herederos del padre y se otorga al titular una acción ejercitable contra éstos, con la limitación, sin embargo, de proporcionar la obligación a la cuantía de la herencia y al número y calidad de los herederos legítimos. En efecto, el art. 752 del Código civil, después de haber declarado que los derechos sucesorios otorgados al hijo natural reconocido no se extienden a los hijos cuyo reconocimiento está legalmente prohibido, confiere a estos últimos un derecho a exigir alimentos, declarando que éstos se asignen proporcionalmente al haber del padre o de la madre y habida cuenta del número y calidad de los herederos legítimos. Se deduce de esto que lo así atribuido no es un derecho sucesorio (como estiman algunos autores) y sí un derecho de crédito, el cual, surgido originariamente contra el padre, se transmite, muerto éste, a sus herederos; precisamente porque tales hijos no reconocibles están excluidos de la herencia y por carecer, como carecen, de un *Status familiae*, no pueden tener otros parientes que estén obligados a alimentarles (salvo el caso de que creen con el matrimonio una familia propia) y se ha considerado preciso sustituir al padre o a la madre con los herederos en el

cumplimiento de la obligación alimentaria. En ningún otro caso como en éste se evidencia la aplicabilidad de aquella máxima contenida en las fuentes romanas (fr. 4 D. 25, 3): *necare videtur qui a alimonia denegat*. Por lo demás se asemeja a cualquiera otro crédito alimentario; su medida o cuantía depende de la entidad patrimonial de la herencia y a ésta se proporciona la obligación como se proporcionaba viviendo el padre; si la herencia se traduce en un pasivo, los herederos no tienen obligación de prestar alimentos y el crédito alimentario se extingue (1).

Lo dicho respecto a los hijos no reconocibles es aplicable, por lo que se refiere al derecho alimentario, a los hijos naturales simples, esto es, a aquellos cuyo reconocimiento no está prohibido que no han sido reconocidos, resultando probada su filiación por uno de los tres modos previstos en el art. 193. La doctrina y la jurisprudencia, concordes, han estimado que no se podrían, sin dar lugar a una injusticia intolerable, atribuir a tales hijos una condición peor que la de los adulterinos e incestuosos.

III. *Abuelos y ascendientes*.—En defecto de los padres o cuando éstos no tengan medios bastantes, la obligación se transmite a los abuelos y a los demás ascendientes de mayor a menor proximidad parental (art. 138, párrafos 2.º y 142), dividiéndose éstos en dos líneas, la paterna y la materna, análogamente a lo establecido para la sucesión hereditaria. Contra éstos pueden ejercitar su derecho alimentario los nietos legítimos, es decir, hijos legítimos del hijo legítimo y también los hijos naturales de éste e igualmente los hijos legítimos del hijo natural. Este último caso se halla previsto en el art. 186, párr. 1.º, el cual contempla la hipótesis de que el hijo natural muera, y los hijos de éste que le sobrevivan conserven aún la madre y los ascendientes maternos; como la madre y los abuelos maternos son parientes legítimos, su obligación es preferente a la del abuelo natural, que vendrá obligado sólo cuando aquéllos no puedan cumplir la obligación. Finalmente, hay que advertir que los hijos legítimos del

(1) Véase sobre esta materia Cicu, *Sul diritto alimentare dei figli adulterini e incestuosi* (Riv. dir. civ., III, 1911, páginas 191 y siguientes).

adoptado tienen una acción contra el adoptante; no obstante, el caso es muy discutido.

IV. *Hijos y ulteriores descendientes*.—«Los hijos están obligados a alimentar a sus padres y a los demás ascendientes que se hallen necesitados». Así lo establece el art. 139, que confirma un deber sagrado que la naturaleza impone. Sobre estos hijos recae tal obligación de un modo absoluto e incondicional. Todos están obligados, pero cada uno proporcionalmente a sus disponibilidades. La obligación recae también sobre el hijo natural en la misma medida; pero esta obligación es condicional, porque si el padre natural tiene ascendientes o descendientes legítimos o cónyuge, el hijo natural estará obligado únicamente en el caso de que los ascendientes, descendientes o cónyuge no puedan alimentar (art. 187). La razón del precepto es la preeminencia otorgada al vínculo de filiación legítima, que por ser más perfecto debe de sufrir tal obligación familiar con preferencia. También el hijo adoptivo está obligado con el adoptante; por estar equiparado al hijo legítimo, está obligado a concurrir con éste en la prestación de alimentos. También los nietos están obligados, en defecto de los hijos, o cuando éstos no puedan prestar alimentos. La obligación se distribuye por estirpes e incumbe no solamente a los nietos legítimos, sino también a los hijos naturales del hijo legítimo y a los hijos legítimos del hijo natural.

V. *Afines*.—En defecto de cónyuge, de hijos, descendientes, padres y ascendientes, el alimentista tiene acción contra el yerno o la nuera (que en línea recta representan la rama descendente y ocupan el lugar de los hijos) y en defecto de éstos o cuando no puedan cumplir su obligación de alimentar contra el suegro o la suegra (que en la misma línea representan la rama ascendente y ocupan análogamente a los padres después de aquéllos). Pero esta obligación alimentaria no dura indefinidamente; cesa si el que tiene derecho a alimentos (suegra, nuera) contrae segundas nupcias, o si el cónyuge de quien derivaba el vínculo de afinidad, los hijos nacidos de la unión y sus descendientes hubieren muerto (art. 140). Y esto porque, en el primer caso, la mujer hallará en el nuevo marido quien provea a su ma-

nutención, y en el segundo porque la muerte extingue el vínculo de afinidad.

VI. *Hermanos y hermanas.*—Por último, en defecto de los precedentes obligados, deberán prestar alimentos los hermanos y hermanas, todos en igual medida, ya sean germanos o unilaterales. La obligación sufre aquí importantes limitaciones, que reducen notablemente la carga y hasta pueden anularla. En efecto, el art. 141 declara a los hermanos y hermanas obligados únicamente a prestar los alimentos estrictamente necesarios y solamente en el caso de que el alimentista no se los pueda procurar por defecto de cuerpo o de mente o por cualquiera otra causa que no le sea imputable. Por «alimentos estrictamente necesarios» hay que entender no sólo la manutención y el alojamiento, ya que las necesidades del individuo se extienden más allá de estas dos exigencias rudimentarias; esta frase excluye, sin embargo, el más amplio contenido que a la obligación se atribuye en otros casos. En cuanto a la no imputabilidad de la causa que provoca la necesidad, significa la cesación del deber de prestar alimentos siempre que el hermano cayese voluntariamente en necesidad y permaneciese en ella, rehusando ofertas de trabajo o llevando una vida desordenada.

La norma que establece el orden descrito puede ser derogada, pero sólo temporalmente y en casos urgentes. Cuando, en efecto, surja una urgente necesidad de proveer, se atribuye a la Autoridad judicial la facultad de imponer la obligación alimentaria a uno solo de los tres individuos que están obligados o bien a uno de los obligados subsidiariamente, reservando en el primer caso al obligado una acción de reembolso ejercitable contra los demás para que contribuyan en la obligación o para ser totalmente reintegrado en el segundo (art. 145, párr. 2.º).

La ley no dice el significado que debe atribuirse a la palabra alimentos al regular la obligación alimentaria; pero el contenido de esta obligación puede deducirse de lo preceptuado en el Código a propósito del legado de alimentos. Este comprende —según el art. 846—manutención, vestido, habitación y demás cosas necesarias durante la vida del legatario, pudiendo exten.

derse también, según las circunstancias, a la instrucción adecuada a su condición. Según las circunstancias, la obligación alimentaria entre parientes podrá consistir en la prestación de los medios materiales de sustento (manutención, vestidos, habitación, curación de enfermedades), o extenderse también a las necesidades del espíritu, como la instrucción y la educación. Y así, mientras no puede admitirse que la obligación alimentaria del descendiente para con el ascendiente se extienda a esto último, en la relación inversa, en cambio, es perfectamente concebible tal extensión. La medida precisa de la prestación se fijará caso por caso, aplicando el criterio de proporcionalidad; la prestación debe proporcionarse, de una parte, a la necesidad de quien demanda alimentos; de otra, a las disponibilidades del obligado (art. 143), y variará al variar las condiciones de uno u otro (artículo 144). Precisa, pues, tener en cuenta la condición social del alimentista, su edad, su salud y las demás circunstancias de lugar y tiempo, todas las cuales son de gran importancia en la fijación de la medida o cuantía de la prestación.

En cuanto al modo de suministrar los alimentos, la ley otorga al obligado una facultad de elección; puede prestarlos, constituyendo una pensión de alimentos o recibiendo y manteniendo en la propia casa a quien tiene derecho a los alimentos (art. 145). Este doble modo no coincide exactamente con la distinción usual de alimentos en especie y alimentos en dinero, o de obligación alimentaria propia e impropia, ya que aquí la prestación en especie se caracteriza por verificarse en la casa del alimentista. La ley, al asignarle este último carácter, ha querido hacer más fácil su cumplimiento al obligado. Pero, al mismo tiempo, ha previsto la posibilidad de inconvenientes originados en el inadecuado ejercicio de aquella facultad, confiando al Juez la misión de determinar el modo de efectuar la prestación cuando las circunstancias del caso desaconsejen que la prestación se efectúe en casa del obligado, aunque aconsejen que se verifique en especie o sugieran como preferible la asignación en dinero o un sistema mixto, etc. (art. 145, párr. 1.º).

Tanto respecto a la cuantía o medida de la prestación como

relativamente al modo de verificar ésta, la sentencia judicial no adquiere nunca autoridad de cosa juzgada (1).

(1). NOTA DEL TRADUCTOR. — *Los alimentos entre parientes.* — Con carácter recíproco, y como consecuencia del vínculo familiar, se deben alimentos los cónyuges, los ascendientes y descendientes legítimos, los padres y los hijos legitimados por concesión real o naturales reconocidos y sus descendientes legítimos (art. 143 del Código civil español). La extensión de los alimentos alcanza, según el art. 142 del Código civil español — el Código italiano no la fija —, a lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia, y a la educación e instrucción del alimentista, cuando es menor de edad.

Asimismo se los deben los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concorra la condición legal de naturales y los hermanos entre sí, aunque sólo sean consanguíneos o uterinos, mas en estos casos la obligación de educación e instrucción queda limitada a la instrucción elemental y a la enseñanza de una profesión, arte u oficio y la de alimentos, en sentido estricto a lo necesario para la subsistencia (art. 143 del Código civil español).

Los alimentos se reclamarán, si hay varios obligados, por este orden: 1.º, al cónyuge; 2.º, a los descendientes del grado más próximo; 3.º, a los ascendientes también del grado más próximo, y 4.º, a los hermanos (artículos 144 del Código civil español y 142 del Código civil italiano), si bien los hijos ilegítimos no naturales pueden también reclamarlos del heredero de su padre, a quien, según el art. 845 de nuestro Código (752 del Código civil italiano), se transmite la obligación de satisfacerlos, deber que, en todo otro caso, es intransmisible.

Si los obligados en el mismo grado fueran varios, se repartirá entre ellos en proporción a su caudal la obligación; mas provisionalmente, en caso de urgencia, puede asignarse por el juez a uno de ellos, quien vendrá obligado a cumplirla (artículos 145 del Código civil español y Código civil italiano).

La preferencia señalada para prestar alimentos lo es también para recibirlos, en caso de ser varios los peticionarios y uno solo el obligado, salvo el mejor derecho del hijo no emancipado sobre el cónyuge (art. 145 del Código civil español).

La cuantía de los alimentos se determina en orden a las necesidades del alimentista y a la fortuna del obligado (art. 146 del Código civil español y 143 del Código civil italiano), y en función de ellas sufre los aumentos o disminuciones proporcionales (artículos 147 del Código civil español y 144 del Código civil italiano).

Nace el derecho a percibir alimentos desde el momento en que son necesarios, mas no son abonables sino desde que se interpuso la demanda siendo tal derecho irrenunciable, intransmisible e incompensable (artículos 148 y 151 del Código civil español), pudiendo, en cambio, compensarse y renunciar a las pensiones atrasadas y transmitir el derecho a reclamarlas (art. 151).

La obligación de satisfacer alimentos puede cumplirse a voluntad del obligado, satisfaciendo una pensión o recibiendo en su casa al alimentista (art. 149 del Código civil español y 145 del Código civil italiano), mas este derecho de adopción no es absoluto, habiendo casos en que por imposibilidad legal moral o material no deba el alimentista ser obligado a

trasladarse a casa del que ha de prestar los alimentos (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1903 y 22 de Abril de 1910).

Se extingue esta obligación por muerte del obligado (art. 150 del Código civil español y 146 del Código civil italiano) por muerte del alimentista, por disminución de la fortuna del obligado, de forma que le imposibilite el prestarlos, por mejoramiento en la fortuna del alimentista, por haber incurrido éste en causa de desheredación, y, en el caso de ser el alimentista descendiente del obligado, provenga la necesidad de aquél de mala conducta o falta de aplicación al trabajo mientras subsista tal causa (art. 152 del Código civil español).

CAPITULO XXVI

Matrimonio

§ 106.—*Concepto del matrimonio y de los esponsales*

Brugi, *Ist.*, §§ 74-75; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 1; Chironi, *Ist.*, II, §§ 377-378; Zachariae, *Man.*, III, §§ 419, 428; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, § 440; Planiol, *Traité.*, I, números 691 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, § 489 (1).

I. *Matrimonio. Concepto.*—El matrimonio es institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el de matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aun así son éstos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera. La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido

(1) Para el concepto e historia del matrimonio en Derecho romano, en Derecho canónico y en el moderno, consúltense, entre otras, las siguientes obras: Brini, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano* (Vol. 3), Bologna, 1887-9; Roszbach, *Untersuchungen über die römische Ehe*, Stuttgart, 1853; Kutschker, *Das Eherecht der Katholischen Kirche*, Wien, 1856; Esmein, *Le mariage en droit canonique*, París, 1891; Meynial, *Le mariage après les invasions* (en *Nouv. rev. hist.*, 1896-98); Coviello, *Lezioni sul matrimonio nel diritto canonico*, 1909-10; Brandileone, *Il contratto di matrimonio* (en *Studi per Schupfer*); *L'intervento dello Stato nella celebrazione del matrimonio in Italia prima del Concilio di Trento*, Nápoles, 1894; Salvio, *La benedizione nuziale fino al Concilio di Trento* (*Arch. Giur.*), 1884, páginas 173 y siguientes; *Storia dir. it.*, 8.^a edición, 1921, §§ 410 y siguientes; Ruffini, *Per la Storia del diritto matrimoniale* (*Filang.*, 1894, páginas 561 y siguientes); De Gabriolle, *Le mariage spirituel dans l'ant. Chrétienne* (*Rev. hist.*, 1921, páginas 204 y siguientes); Lefebvre, *Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, París, 1900; Glassón, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et le divorce dans les princ. le-*

de unión extramatrimonial es ilegítimo y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera de matrimonio no hay parentesco, ni afinidad ni sucesión hereditaria, salvo entre padre e hijo. Una benigna extensión, limitada siempre en sus efectos, es la hecha por la ley de las relaciones de la familia legítima a las relaciones naturales derivadas de unión ilegítima y ello responde a razones de piedad y a la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad contraída por quien procrea fuera de justas nupcias; la artificial creación del vínculo parental en la adopción no es más que una imitación de la filiación legítima.

Esta importancia y preeminencia de la institución que hace del matrimonio el eje de todo el sistema jurídico familiar, se revela en todo el derecho de familia y repercute aún más allá del ámbito de éste. Como la familia es la raíz del Estado y el matrimonio es el origen de aquélla, es indudable que de la sólida estructuración de este último dependerá la consistencia y robustez del organismo social; base y condición de la convivencia civil, sin el matrimonio no es concebible una organización duradera de la sociedad. Aun hoy se puede repetir la frase de Cicerón, diciendo que el matrimonio es *principium urbis et quasi seminarium rei publicae*. El matrimonio no solamente es institución jurídica, si que también ética, social y política; y tal es su importancia, que la estructura, repetimos, del organismo social depende en cierto modo de la regulación del matrimonio. Y no sólo influye el derecho en esta estructuración o disciplina del matrimonio, si que también la costumbre y la religión; las tres especies de normas—religiosas, consuetudinarias y jurídicas—se disputan el dominio de su aplicación y, como se verá, una de las características más salientes de la historia de la institución es la lucha mantenida entre la Iglesia y el Estado afirmando su derecho exclusivo a regularlo.

gisl. mod. de l'Europe, París, 1880; Knoll, *Der Begriff der Ehe*, 1913; Droin, *Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial*, Genève, 1917; Cicu, *Matrimonium seminarium rei publicae* (*Arch. Giur.*, LXXXV, 1921, páginas 111 y siguientes). Sobre el matrimonio según el nuevo Código de Derecho canónico) Göller, *Das Eherecht in neuen Kitzl. G. B.*, Freiburg, 1918.

El concepto más exacto del matrimonio nos lo da la idea de *societas conyugal*; unión que no es sólo de cuerpos, si que también de almas; que tiene carácter de permanencia y de perpetuidad, ya que el vínculo dura toda la vida; que se origina en el amor y se consolida con el afecto sereno que excluye la pasión desordenada y la mera atracción sensual; que reconoce, por fin, no sólo la procreación de los hijos y la perpetuación de la especie, si que también la asistencia recíproca y la prosperidad económica; que crea una comunidad de vida indisoluble que engendra deberes recíprocos entre los esposos y de los esposos para con la prole. Estos caracteres y fines, que son los de todo matrimonio en cualquier derecho positivo y en todo período histórico, fueron magistralmente esculpidos por el famoso orador romano: *nam quum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia*. Y se repiten en las definiciones que del matrimonio han dado juristas y filósofos de la antigüedad. La jurisprudencia romana ha conservado dos célebres. Una de Modestino, o transmitida por él: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (fr. 1. D. 23. 2) en la que la conjunción corporal alude al elemento físico de la relación, y el consorcio para toda la vida al elemento moral y carácter perpetuo del vínculo y la comunidad de derecho divino y humano, al rasgo más característico e importante de la sociedad conyugal considerada en su forma más perfecta y más perfectamente romana, cual es el matrimonio *cum manu*. La otra, quizás formulada por Ulpiano, nos ha sido transmitida por Justiniano: *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens* (§ 1.º, Inst., I, 9) acentúa el carácter de perpetuidad de la unión, que se prolonga por toda la vida en sus manifestaciones todas.

Si esta es la idea más general del matrimonio—las dos definiciones antes transcritas por inspirarse en concepciones filosófico-políticas más bien que jurídicas, son perfectamente adaptables al matrimonio moderno—, una noción más precisa se obten-

drá analizando sus elementos constitutivos y sus peculiares caracteres jurídicos. A este fin nada mejor que recordar las fases históricas de la institución hasta llegar a su forma actual en nuestra ley.

El matrimonio de nuestro Código es completamente diferente, por lo que respecta a su estructura jurídica, del matrimonio romano, que es su antecedente histórico.

Matrimonio romano.—El matrimonio romano—que en la larga evolución de aquel Derecho adoptó configuraciones muy diversas, de forma que el matrimonio justiniano no es en realidad más que una pálida imagen del arcaico—se halla integrado por dos elementos esenciales. El uno físico, la conjunción del hombre con la mujer, que no debe entenderse como conjunción material de sexos y sí en un sentido más elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la *deductio* de la esposa *in domum mariti*. La *deductio* inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia. Desde este instante la mujer es puesta a disposición del marido, se halla sujeta a éste y comparte la posición social del mismo. Este poder del marido sobre la mujer puede ser más o menos intenso, afirmarse enérgicamente en la *manus* que coloca a la mujer en situación de hija o faltar completamente; la participación en la dignidad, en los honores, en el culto familiar del marido puede ser más o menos plena; la cohabitación puede interrumpirse, el régimen patrimonial puede variar; puede darse una absoluta paridad y una plena bilateralidad de derechos y deberes; pero lo importante es que el elemento físico no falte, que haya un estado de hecho manifestado en la convivencia, en el ponerse la mujer a disposición del marido. El otro elemento es intelectual o psíquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal, del mismo modo que en la posesión (a ella se equipara el matrimonio en las fuentes romanas con frecuencia) el *animus* es el requisito que integra o complementa el *corpus*. Este elemento espiritual es la *affectio maritalis*, o sea la intención de quererse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento

to inicial, en un único acto volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento en momento, porque sin esto la relación física pierde su valor.

Cuando estos dos factores concurren, el matrimonio queda constituido; si uno de ellos falta o desaparece, el matrimonio no surge o se extingue. Nada más es necesario a su existencia; no se requiere el empleo de formas determinadas (aun cuando ritos y ceremonias se requieren para su celebración en distintos tiempos y según las especies del matrimonio); tampoco precisa la intervención del Estado, que fué siempre extraño, ni el uso de escrituras o instrumentos nupciales. Es la sola voluntad de los esposos la que crea el vínculo y de su voluntad depende también el que aquél perdure.

Esto explica la especial configuración del matrimonio romano; éste no es indisoluble en el sentido moderno, pero es duradero, perpetuo, y su perpetuidad se concilia y coexiste con la institución del divorcio, porque su perpetuidad es ideal e intencional, no necesaria ni real. El consentimiento no sólo se exige en el momento inicial (como ocurre en el matrimonio canónico y en el actual), si que también posterior y continuamente; de modo que para que haya matrimonio precisa que la *affectio maritalis* anime y vivifique el elemento físico, por lo que si la tal *affectio* cesaba, el matrimonio se disolvía; de aquí que la libertad de divorciarse sea considerada como natural y lícita consecuencia de la incoercibilidad de la *affectio*. Actuarán ciertos frenos o penas para limitar la libertad de divorcio y para reprimir los abusos, pero no es posible negar aquélla sin atacar la esencia de la institución. Recíprocamente, como la existencia de la unión conyugal depende de la permanencia de la *maritalis affectio*, no es de creer que el consentimiento inicial se haya prestado para crear una unión temporal; la intención es constituir un vínculo perpetuo que dure toda la vida; el matrimonio temporal o a prueba (tal como fué conocido en algunos países de la antigüedad y como se reconoce aún hoy por algunas legislaciones) fué desconocido en Roma. El que el matrimonio pueda disolverse no se opone a la perpetuidad ideal e intencional del vínculo.

Por otra parte, así como en la posesión es preponderante el elemento espiritual o *animus* sobre el material o *corpus* (de modo que no es posible adquirir la *possessio* sin la concurrencia de ambos elementos, pero sí lo es el conservarla *nudo animo*), así también en el matrimonio tiene más transcendencia que la conjunción el elemento ético de la *affectio*; lo cual explica algunas normas y sentencias en caso de nupcias con mujer ausente y otros semejantes que parecen contradecir a los principios. Así cuando las fuentes declaran *non enim coitus matrimonium facit sed maritalis affectio* (fr. 32, § 13 D. 24. 1), *nuptias enim non concubitus sed consensus facit* (fr. 15 D. 35. 1; fr. 30 D. 50. 17) acentúan el valor del elemento ético colocando en plano secundario el de la unión sexual, y rechaza abiertamente las tendencias de otros derechos locales.

Matrimonio canónico.—Profundamente diversa es la concepción del Derecho canónico, que reposa sobre fundamentos y bases distintas. La historia de la institución a través de los cánones de la Iglesia es demasiado larga y compleja para poder exponerla aquí en todas sus fases; su evolución está influenciada por la lucha entre la Iglesia y el Estado y sigue las vicisitudes de este conflicto secular. El influjo del cristianismo se manifiesta ya en el último estadio del Derecho romano durante el período justiniano. Pero la regulación del matrimonio por normas canónicas comienza en el siglo IX tímidamente, hasta que por el Concilio de Trento toda la materia matrimonial es regulada canónicamente, afirmándose corresponder a la exclusiva competencia de la Iglesia la disciplina del matrimonio por el principio de que los actos concernientes al estado y condición de las personas son de la competencia de la Iglesia. Los padres de la Iglesia exigen que la unión de los esposos sea bendecida por un sacerdote; la bendición nupcial es la confirmación del matrimonio ya contraído y su consagración eclesiástica, pero no es un requisito esencial para su existencia. Carlomagno la prescribe, pero no es todavía condición de su validez. Mientras tanto la Iglesia, avanzando en esta dirección, se atribuye el conocimiento de las causas matrimoniales, afirma la exclusiva competencia de

los Tribunales eclesiásticos para dirimir las cuestiones matrimoniales y prepara el camino para extender la exclusividad de la jurisdicción a la de la legislación, fijando en los oportunos cánones los requisitos, los impedimentos, la forma de celebración, la nulidad del matrimonio. El Concilio lateranense (año 1215) ordena que la promesa de matrimonio se haga pública, que la publicación se haga en la iglesia parroquial durante la celebración de la misa, que la bendición del sacerdote acompañe y sancione la unión. Sus prescripciones no fueron siempre observadas ni recibieron aplicación general; el matrimonio es válido a pesar de la inobservancia de estas prescripciones. Pero la inobservancia se generaliza y más tarde el Concilio de Trento (año 1563) regula toda esta materia de modo definitivo. Ordena necesariamente la intervención del párroco y la celebración del matrimonio *in facie ecclesiae*: los esposos, después de tres publicaciones efectuadas en tres días festivos y ante los fieles congregados por el oficio de la misa y durante ésta, deben comparecer ante el párroco, quien en presencia de dos o tres testigos los une y bendice la unión, extendiendo la partida correspondiente, que conservará en los registros parroquiales. Al lado de ésta, que constituye la forma normal y pública, se admite en casos excepcionales y concurriendo circunstancias graves, el matrimonio secreto y clandestino, que tiene lugar también ante el párroco, celebrándose privadamente y pudiendo eludirse el requisito de las publicaciones; este matrimonio no se registra en los libros ordinarios parroquiales, sino en un libro secreto cuya lectura está prohibida a quien carezca de autorización de la superior autoridad eclesiástica; es un matrimonio contraído sin forma alguna de publicidad, pero que produce los mismos efectos que el ordinario.

Así el matrimonio se eleva a la dignidad de sacramento. Según la concepción canónica, es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de la unión de Cristo con la Iglesia, y como ésta, indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero

su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble. Según las palabras del Evangelio, los cónyuges no son ahora sino una misma carne (*itaque iam duo non sunt, sed una caro*) y la unión no se puede disolver si no es por la muerte (*quos Deus coniunxit, homo non-separet*). Esta es la base teológica de la relación y se pretende conciliar con ella la base jurídica; la base jurídica se estructura con las definiciones y pasajes de las fuentes romanas, pero genera consecuencias muy diversas. Interpretando los textos en que se hace alusión al *consensus* en oposición a la *copula*, algunos juristas o curiales, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo un contrato, porque creen que el *consensus* que en los pasajes romanos significa *affectio maritalis* equivale a acuerdo o convención, es decir, a un contrato.

La idea de contrato que para los juristas romanos carecía de sentido, es para los canonistas lógica y natural, pues según éstos, de la voluntad concorde de los esposos, es decir, del concierto de sus voluntades, de su consentimiento, deriva el vínculo conyugal. Pero el consentimiento (que equiparan al que se requiere para los contratos consensuales romanos) es, al contrario de lo que sucede en el matrimonio romano inicial e irrevocable, no continuo ni renovado de momento en momento, de este modo la contradicción entre la idea de consentimiento (que deriva implicar la posibilidad del disenso y, por consiguiente, de la disolución del vínculo), y el principio de la indisolubilidad se salva negando a los esposos la posibilidad de disponer del vínculo una vez constituido éste. La doctrina contractualista se desenvuelve sufriendo diversas vicisitudes, pero se mantiene firme como principio fundamental; en cambio el elemento físico de la conjunción (nueva contradicción producto de la amalgama de ideas y conceptos jurídicos, teológicos y morales procedentes de derechos y legislaciones diferentes) se identifica con la *copula carnalis*, tanto, que no se estima perfecto el matrimonio que no haya sido consumado, admitiéndose con relativa facilidad la disolución de aquel en que falte la cópula.

Matrimonio civil.—El matrimonio de nuestro Derecho civil no es el romano ni el canónico y sí el resultado de una larga y compleja evolución. Cuando la Iglesia afirmó ser esta materia de su exclusiva competencia, rechazando toda ingerencia del poder civil, comenzó el Estado a reaccionar para adquirir de nuevo el derecho que la Iglesia se había atribuido exclusivamente. Ordenanzas reales del siglo XVI en Francia atribuyen al poder civil jurisdicción sobre algunas causas matrimoniales, sustrayendo éstas al conocimiento de los Tribunales eclesiásticos; establecen casos de nulidad, regulan la sucesión de personas procreadas dentro de matrimonios celebrados sin la observancia de determinadas disposiciones reales y niegan eficacia al matrimonio secreto y de conciencia. La reacción culmina en la Revolución francesa; la Constitución de 1791 proclamó el principio de que el matrimonio es un acto civil no religioso, cuya regulación corresponde por modo exclusivo al poder civil que determina las condiciones de capacidad de los esposos, los impedimentos y la forma de su celebración; el matrimonio debe tener lugar ante la autoridad civil y ser registrado en los correspondientes libros. *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* declara la Constitución del 91. Por este mismo camino prosigue el Código Napoleón que realiza la perfecta secularización del matrimonio. Implantado en Italia con dicho Código el principio de la separación, subsiste éste hasta la Restauración; luego los Estados particulares adoptan el régimen primitivo o acogen sistemas mixtos que concilian las exigencias del poder civil con las del religioso. Finalmente el Código italiano, unificando la variedad de sistemas e inspirándose en las ideas de Cavour de la Iglesia libre en el Estado libre, afirma de nuevo el principio del matrimonio civil; por corresponder al Estado exclusivamente la facultad de legislar sobre esta materia, no puede haber más matrimonio válido que el contraído según las leyes civiles y ante el Oficial del Estado civil, si bien quedando en libertad los esposos de observar o no el rito religioso católico o cualquiera otro, sin que el Estado pueda imponerlo o prohibirlo, porque no es misión suya penetrar en la esfera religiosa ni.

coartar la libertad de conciencia de los ciudadanos. El matrimonio religioso, pues, subsiste, pero como un simple acto de fe improductivo de efectos jurídicos; para la ley tal matrimonio es inexistente y lo reputa concubinato, porque no pueden haberse justas nupcias, poderes familiares, ni derechos ni deberes conyugales, ni entre parientes, si no se contrae en la forma y con la observancia de las normas estatales (1).

(1) Esta posición del Estado, de franca indiferencia frente al matrimonio religioso— aun respondiendo a un elevado principio de libertad— no era, políticamente al menos, la más oportuna. En un país donde los cánones sagrados han regido por mucho tiempo, y donde el sentimiento religioso está tan arraigado y difundido, no se podía prescindir de la conciencia común, según la cual el matrimonio contraído ante el sacerdote era por sí solo apto para producir un vínculo legítimo y perfectamente válido. Y, efectivamente, en los primeros tiempos de aplicación del nuevo régimen introducido por el Código, las uniones celebradas con arreglo al rito religioso fueron numerosísimas, porque (especialmente en el campo y en los ambientes sociales menos cultos) no se creía necesaria la forma civil para legitimar la forma religiosa; a veces, aun sin ignorar el efecto legitimador del matrimonio civil, los esposos omitían éste a fin de no perder los beneficios y ventajas (pensiones) atribuidas al célibe o al cónyuge viudo. Así, por ignorancia o por propósito de incumplir impunemente la ley, se multiplicaron las uniones ilegítimas enormemente, contribuyendo a esto el propio Clero, que negando al Estado la facultad de ingerirse en materia sacramental, reivindicaban para la Iglesia su derecho exclusivo a regular el matrimonio.

De esto surgió el pensamiento de regular mediante una ley las relaciones entre el Código y los sagrados cánones, y consiguientemente los intentos traducidos en varios proyectos de ley de imponer la precedencia del matrimonio civil al religioso o de prohibir al sacerdote autorizar el matrimonio religioso sin asegurarse antes de que se ha celebrado previamente ante el Oficial del estado civil o imponiendo penas al sacerdote o a los esposos que prescindiesen de la forma civil o la omitiesen. Pero ninguno de estos proyectos se convirtió en ley por la oposición que hallaron, fundada en que el Estado no puede coartar las conciencias ni la fe religiosa de los ciudadanos, ni limitar la libertad del sacerdote, quien en el desempeño de su espiritual ministerio debe obedecer solamente a la autoridad de la Iglesia, sin tener en cuenta otros preceptos que los canónicos.

Sin embargo, aquella exigencia que en el pasado se estimó absoluta e ineludible, se ha debilitado poco a poco, y ello por haberse difundido la convicción de que la unión no contraída ante el Oficial del Estado civil

Naturaleza jurídica del matrimonio.—¿Cuáles son, propiamente, el concepto y la naturaleza jurídica del matrimonio según nuestro Derecho? La concepción contractualista introducida y profesada durante mucho tiempo por los canonistas, es la que prevaleció entre los civilistas franceses e italianos. Ciertamente que los más se apresuran a añadir que el matrimonio ofrece caracteres peculiares y notas características; pero siempre es la idea del contrato la dominante, porque según los partidarios de esta teoría, es el acuerdo de los esposos lo que crea el vínculo, ya que, como en los demás contratos, es en éste necesario y suficiente el consentimiento inicial, y porque también en este como en los demás contratos el acuerdo se produce para regular una relación jurídica; las normas que exigen autorizaciones especiales, intervención de funcionario público y determinadas solemnidades o las que restringen la libertad de los contrayentes o prohíben el establecimiento de términos y condiciones, o que niegan eficacia al disenso mutuo o que en general prohíben una regulación convencional de la relación, son consecuencias de la naturaleza especial de la convención y no destruyen, sin embargo, la esencia contractual de la misma.

Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato. No basta que se dé en aquél un acuerdo de voluntades para afirmar sin más que sea un contrato; ni es cierto tampoco que todo negocio bilateral sea contrato aunque los contratos constituyan la categoría más amplia de tales negocios. Nada se gana con añadir que la materia especial de este contrato implica derogaciones más o menos profundas a las normas que regulan la materia contractual. Precisamente las

hacia que los nacimientos ocurridos dentro de la misma se reputasen ilegítimos y se considerase aquélla concubinato, o porque el clero prudente respeta la ley y adopta de hecho el sistema de no admitir a los esposos para darles la bendición nupcial sin previa exhibición por los mismos de un certificado expedido por el Oficial del Estado civil que acredite haberse celebrado el matrimonio. Encíclicas e instrucciones pontificias han autorizado esta práctica. Ver Gabba, *I due matrimoni civile e religioso nell'odierno dir. it.*, Pisa, 1893; Venzi er Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, VII, pág. 55, n. a.

normas que no sólo limitan, sino que aniquilan toda autonomía de voluntad, demuestran la radical diferencia que media entre el contrato y el matrimonio. Contra lo que sucede en los contratos, el matrimonio está sustraído a la libre voluntad de las partes; éstas no pueden, en el matrimonio, estipular condiciones y términos ni adicionar cláusulas o modalidades ni disciplinar las relaciones conyugales de modo contrario al establecido en la ley; la libertad no surge sino cuando se trata de intereses patrimoniales, y aun en tal caso está muy limitada. Opuesta a la idea del contrato e inconciliable con ella es la absoluta inaplicabilidad al matrimonio del mutuo disenso; en cambio, no hay contrato que no pueda resolverse si las partes no quieren que el vínculo subsista.

Ajena también al contrato es la materia sobre que recae el acuerdo matrimonial, ya que no pueden ser objeto de convención contractual relaciones personales y familiares, que son precisamente la materia o el objeto de aquél. Todas las normas de los contratos son inaplicables al matrimonio, y las que parecen aplicables son las relativas al negocio jurídico, del cual constituye una especie el matrimonio. Lo que patentiza sobre todo la inexactitud de la doctrina contractualista, es la impotencia de los esposos para crear por sí solos el vínculo conyugal; el consentimiento de los esposos es absolutamente ineficaz si no interviene la declaración solemne del Oficial del Estado civil. Esta intervención del Estado—que algunos comparan con las que en orden a determinados actos realiza el Notario u otro funcionario público, como, por ejemplo, en el testamento o en la donación—no es una mera forma que dé solemnidad al acto; tampoco puede decirse que el Oficial del Estado civil ejerza aquí la función de fedatario atestando la existencia del consentimiento de los esposos, constatando la concurrencia de los requisitos necesarios al matrimonio y acreditando la celebración de éste; su función es, por el contrario, esencialmente constitutiva, porque es el funcionario público quien, recibiendo la declaración de los contrayentes, los declara conyuges ante la ley, constituyendo entre ellos la relación matrimonial. Antes de esta declaración

del Oficial, la de los esposos carece de eficacia, ya que no crea el vínculo matrimonial ni produce ninguna otra relación. Quizás peca de exagerada la opinión de algún autor (1) que atribuye a la voluntad de los esposos el valor de simple supuesto, aunque esencial, privando de toda importancia a la voluntad de los contrayentes; pero, con todo, es indiscutible la preeminencia de la voluntad del Estado como perfeccionadora de la relación.

Si abandonamos la concepción contractualista, tendremos que considerar el matrimonio como un negocio jurídico complejo formado mediante el concurso de la voluntad de los particulares y la del Estado. Que no es un acto meramente privado, resulta de la ineficacia del simple acuerdo de los esposos; que no es un puro acto administrativo o un acto público (2), lo prueba la necesidad de que concurra el acuerdo de los esposos con la declaración del funcionario público representante del Estado.

Así se explica fácilmente porque, siendo suficiente el consentimiento inicial, no basta, en cambio, la simple voluntad de los esposos para disolver el vínculo. La irrevocabilidad e inmu-

(1) Así, por ejemplo, Cicu, *Matromonium seminarium reipublicæ*, quien con abundancia de argumentos sostiene, en contra de la corriente general, el carácter constitutivo de la intervención del Oficial del estado civil, combatiendo enérgicamente la doctrina contractualista; sin embargo, reduce con exceso la importancia del consentimiento de los esposos atribuyéndole el valor de simple supuesto.

(2) Véase a este respecto Rameri, *Il concetto di matrimonio come negozio giuridico di diritto pubblico* (*Riv. dir. pubbl.*, 1920, páginas 25, 488 y siguientes); y sobre todo Cicu, *Diritto di famiglia*. Véase también Maroi, en recensión a Droin (*Riv. it di sociologia*, 1920, pág. 361, n. 1).

Según Cicu, no se trata de originar una relación meramente individual ni de proteger un interés privado, sino de crear una relación que va más allá de los contrayentes por afectar a los hijos que habrán de procrearse y a todo el organismo familiar, de tutelar un interés superior que no es únicamente común (como ocurre en el contrato de sociedad), sino que trasciende de los individuos y es además unitario porque se suprime toda tendencia o impulso egoístas y la voluntad es limitada, la libertad muy circunscrita. Define este autor el matrimonio como una *relación orgánica*, es decir, que se caracteriza por la organización de las voluntades para conseguir un fin superior.

tabilidad del matrimonio deriva de que concurriendo como concurre la voluntad de los esposos con la del Estado, no puede después la primera actuar eficazmente por sí sola. La indisolubilidad del vínculo que pasó del Derecho canónico al nuestro ha cambiado de fundamento, porque ya no se basa en el carácter sacramental del matrimonio; tal indisolubilidad es consecuencia de que constituida la relación y estimando necesario, en consideración a un elevado interés, atribuirle el carácter de perpetuidad, la sustrae a la libre disposición de los esposos como sustrae otros vínculos y poderes familiares.

II. *Esponsales* (1).—Previo al estado conyugal que se crea mediante la celebración del matrimonio, es el que determinan los esponsales, el cual, según nuestro Derecho, es un estado de hecho provisto en otras legislaciones de importancia jurídica por generar en los esposos un particular estado personal que produce determinados efectos de derecho. Nuestro Código apenas toma en consideración (el francés ni siquiera los menciona) el momento y acto anteriores al matrimonio que constituyen los esponsales; sólo con un fin negativo alude a ellos para declarar que no vinculan a los esposos ni generan otra obligación que la patrimonial de reembolsar los gastos hechos en consideración al futuro matrimonio. Toda la materia esponsalicia es objeto de una regulación consuetudinaria y ética. Los esponsales han perdido actualmente toda su antigua importancia, que bien puede decirse que se hallan hoy desprovistos de todo carácter jurídico.

Esponsales se llama a la recíproca promesa que los esposos se hacen de contraer matrimonio. La definición moderna no difiere, pues, de la contenida en las fuentes romanas (fr. I D. 23. 1): *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*. Común al Derecho romano y al nuestro el principio según el cual la promesa de matrimonio no obliga a contraerlo, es, sin embargo, distinta la eficacia de los esponsales romanos y la de los

(1) Ciccaglione, *Gli sponsali e la promessa di matrimonio nella Storia e nel diritto italiano*, Milán, 1888; Colin, *Des fiançailles*, París, 1887; Roche, *Origine des fiançailles*, 1898.

nuestros. Originaban los esponsales en Derecho romano un vínculo personal entre los esposos que venían a ser cuasi afines entre sí; esto constituía un impedimento para contraer matrimonio con persona distinta o para celebrar nuevos esponsales si no se hubieren disuelto antes los primeros. No se podían estipular penas para quien no cumplierse la promesa, porque se quería que la voluntad matrimonial fuese completamente libre (fr. 134 pr., D. 45, 1: *inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi*); era usual entregar las *arrahae sponsalitia* (1), y en la época del Derecho imperial se conminó con la pérdida de las mismas, agravándose la sanción con el pago del cuádruplo (en el Derecho justiniano del triplo) impuesto al esposo que sin causa justificada rompiese los esponsales. Este impedimento fué también conocido en el Derecho canónico, el cual proclamando la incoercibilidad de la voluntad matrimonial atribuyó, sin embargo, a la promesa de matrimonio una cierta eficacia jurídica. Los canonistas distinguieron los *sponsalia de praesenti* de los *sponsalia de futuro*, estimando aquéllos como un matrimonio verdadero y propio y éstos como una promesa de futuras nupcias que se convertía en matrimonio si a ella seguía la cópula carnal.

Inspirándose en la tradición romanística y canonística, y acentuando aún más el principio de la absoluta espontaneidad y libertad del querer, nuestro Código ha cancelado las huellas de aquel constreñimiento atenuado que, según los mencionados derechos, y también algunos de los Códigos anteriores al vigente (2), podía derivar de los esponsales. El principio vigente es el de que «la promesa recíproca de futuro matrimonio no produce la obligación legal de contraerlo ni la de cumplir lo que se hubiere pactado en previsión del incumplimiento de la misma»

(1) Riccobono, *Arra sponsalicia sec. la c. 5 C. 5. 1* (en los *Studi per Peperé*); Koschaker, *Zur Geschichte der arrha sponsalicia* (*Zeitschr. d. Rechtsgeschichte*, XXXIII, 1912).

(2) Así el Código albertino (art. 107) y el napolitano (art. 148) establecían que en caso de ruptura injustificada de los esponsales se originaba en favor del esposo inocente una acción para exigir resarcimiento por los daños.

(artículo 53) (1); lo que significa que, aunque reprobada por la costumbre la ruptura de los esponsales, es plenamente libre, aunque no esté fundada en un motivo serio, y en cuanto es libre tal ruptura, no puede generar obligación alguna en el esposo que no cumple la promesa ni a resarcir el daño causado a la otra parte ni a sufrir la pena estipulada.

La única sanción que se impone como consecuencia de la ruptura de la promesa al esposo que se niega a cumplirla es la de reembolsar a la otra parte de los gastos hechos por causa del futuro matrimonio (art. 54). Pero esta obligación no nace sino concurriendo las tres condiciones siguientes: *a*), que la promesa hubiere sido hecha por persona capaz, es decir, por el mayor de veintiún años o por el menor, autorizado por las personas cuyo consentimiento es requerido para que pueda contraer matrimonio válidamente (2); *b*), que esta promesa se consigne por escrito en documento público o privado. Lo más frecuente es el empleo del documento público: la estipulación de las convenciones matrimoniales, la regulación de las futuras relaciones de contenido patrimonial, reconoce por base y solemne supuesto la promesa recíproca de los esposos; si estas convenciones faltan y falta también el documento privado, suplen tal defecto las publicaciones ordenadas por el Oficial del estado civil, que por verificarse sobre el requerimiento de los esposos acreditan haber tenido lugar la promesa; *c*), que la ruptura no obedezca a una causa justa; corresponde al Magistrado juzgar si, con arreglo a las circunstancias, la negativa es o no justificada; justificada podría ser, por

(1) Bajo este aspecto el proxenetismo o sea la mediación matrimonial puede ser declarado nulo en cuanto coarte la voluntad del esposo; Wahl, *Le courtage matrim.* (*Rev. trim. de dr. civ.*, 1904, páginas 471 y siguientes).

(2) La expresión equívoca de la ley (art. 54) suscita la duda de si en orden al esposo de sexo masculino (que precisa para contraer matrimonio del consentimiento de sus padres hasta que cumpla veinticinco años) es suficiente la mayor edad para engendrar la obligación o se requiere también la adhesión de los padres a los esponsales. Creo que la disposición debe ser interpretada literalmente y que es por tanto suficiente la mayor edad.

ejemplo, por la sobrevenida condena penal del otro esposo, por el descubrimiento de defectos físicos o de cualidades morales aminorantes de la pública estimación, por la negativa del consentimiento de los padres en el matrimonio del esposo, mayor de veintiuno y menor de veinticinco años.

Objeto de la acción—cuyo ejercicio no es posible transcurrido que sea un año desde el día en que la promesa debió ser cumplida o cuando no hubiere término preestablecido, transcurrido que sea un año desde que se comprobó la negativa—, son únicamente los gastos hechos por el esposo inocente, por razón de las futuras nupcias; las palabras de la ley excluyen todo otro resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento de la promesa (1). La razón es que cada esposo debe prever como posible la ruptura de los esponsales, y no debe contar con otra reparación que no sea la establecida por daños que deriven del incumplimiento (2).

Sobre el fundamento de esta obligación disputan los civilistas, sosteniendo algunos que deriva de la culpa contractual, y otros que procede de la extracontractual. Pero la culpa contractual supone un vínculo obligatorio que no se ha cumplido y los esponsales no crean vínculo alguno. En cuanto a la culpa aquiliana, parece debiera excluirse aquí, porque su supuesto es un hecho ilícito, y la ruptura de los esponsales no entraña ilicitud, puesto que la ley la autoriza. Sin embargo, en la culpa aquiliana podemos hallar el fundamento: como la obligación de resarcir los gastos nace solamente cuando medie una *injusta* negativa a contraer matrimonio, es en esta injusta negativa donde radica la ilicitud; la libertad que la ley otorga para romper la promesa debe entenderse con la limitación de que la promesa no haya provocado gastos hechos con vistas al matrimonio.

(1) Véase Cogliolo, *Se la rottura degli sponsali obblighi ai danni* (en *Scritti di dir. priv.*, II, pág. 177).

(2) Sobre el decir que la obligación impuesta por el art. 54 no tiene nada que ver con la establecida en el caso de seducción mediante promesa de matrimonio; en este caso la responsabilidad no nace del incumplimiento de la promesa, sino del delito de seducción; Fadda, *Il risarcimento dei danni alla donna sedotta* (Legge, 1893, I, pág. 604).

Finalmente, aunque el Código nada diga, hay que considerar admisible la repetición de las donaciones hechos por un esposo al otro; la obligación de la restitución tiene un fundamento muy distinto: se basa en la falta de causa y en el precepto del artículo 1.068, que declara sin efecto toda donación hecha por razón de futuro matrimonio cuando éste no se celebra. De aquí que esta obligación sea recíproca e independiente de la imputabilidad o injustificabilidad de la negativa a contraer matrimonio.

Sin embargo, no deben considerarse comprendidos en el artículo 1.068 los pequeños regalos usuales que se suelen cambiar entre los esposos o entre uno de éstos y los parientes del otro, ya que se hacen por razón de las relaciones de amistad y no con vistas a que tenga lugar el matrimonio (1).

(1) Ved Ascoli, en *Riv. dir. civ.*, 1919, pág. 572; Iannuzzi, en *Filang.*, 1882, pág. 466.

NOTA DEL TRADUCTOR.—La publicación en España de la ley del Registro civil de 18 de Junio de 1870 produjo los mismos efectos que la del Código civil en Italia. Ambas disposiciones establecieron como obligatoria la forma civil del matrimonio, pero en España hubo de ser corregida esa posición, por los Reales decretos de 22 de Enero y 9 de Febrero de 1875, ante la multitud de matrimonios canónicos celebrados que, por no haberlo sido también civilmente, no surtían efectos civiles. Esas disposiciones admitieron como forma normal la canónica, quedando la civil para quienes no profesaran la religión católica. El mismo sistema sigue el Código civil español en su artículo 42, rigiendo para el matrimonio canónico el *Codex Iuris Canonici* de 27 de Mayo de 1917 admitido como ley del Reino por Real decreto de 19 de Mayo de 1919 y para el civil el Código, bastando para que se celebre este matrimonio, que ambos o uno de los contrayentes declare no profesar la religión católica (Real orden de 28 de Junio de 1913), pues si ambos son católicos, es obligatoria la forma canónica (art. 42).

Esponsales.—Los esponsales de futuro dice el art. 43 del Código civil español (53 del Código civil italiano), no producen obligación de contraer matrimonio; doctrina con la que también concuerda el *Codex Iuris Canonici* (canon 1.017). Únicamente el incumplimiento de esa promesa, si fué hecha en documento por un mayor, o un menor asistido de la persona que hubiera de consentir el matrimonio, o se hubiesen publicado las proclamas, determina la indemnización de los gastos hechos por razón del matrimonio prometido cuando no hubiese causa justa de ruptura. La acción prescribe al año desde la negativa a contraer el matrimonio (artículos 44 del Código civil español y 54 del Código civil italiano).

§ 107.—*Requisitos para contraer matrimonio*

Brugi, *Ist.*, §§ 75, 76, 78; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 11; Zachariae, *Man.*, III, §§ 422-426, 429-432, 436-439; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, §§ 450-457, 465-466; Planiol, *Traité*, I, números 703 y siguientes (1).

La gran importancia que tiene la institución del matrimonio en el aspecto moral, social y jurídico implica la necesidad de que la ley fije de modo preciso y con todo rigor los requisitos y condiciones exigidos para contraerlo válidamente; en ninguna otra relación son estos requisitos tan numerosos y complejos, porque ninguna otra reclama en el mismo grado tantas y tan serias garantías, y ello por el influjo decisivo que el matrimonio ejerce en el estado personal, en la prosperidad familiar, tanto en el orden jurídico como en el moral y en el político. Estas condiciones afectan, de una parte, a la esencia de la relación, y responden a la finalidad y caracteres propios del vínculo conyugal; de otra, se refieren a la forma, que aquí tiene una gran trascendencia, y es regulada con todo detalle. Hay requisitos que constituyen verdadero supuesto del matrimonio, tales, por ejemplo, la diversidad de sexos, la madurez sexual de los esposos; otros hacen referencia a la capacidad de las personas, a la seriedad y libertad de la voluntad, al consentimiento de los padres o de otros parientes que están facultados para autorizar el matrimonio; otros tienen por objeto la evitación de uniones repugnantes entre parientes y afines muy próximos o entre personas de las cuales una haya atentado a la vida del cónyuge de la otra; otros tienden a asegurar el principio de la indisolubilidad y el carácter monogámico del matrimonio o a evitar incertidumbres en orden a la paternidad de la prole. Así, unas condiciones no difieren de los

(1) Además de los autores citados en la nota al § 106, pueden consultarse Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtl. Entwicklung*, Leipzig, 1865; Sohm, *Das Recht der Eheschliessung aus dem deut. und canon. Recht geschichtlich entwickelt*, Weimar, 1875; Brandileone, *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milán, 1906.

requisitos comunes de los negocios jurídicos; otras tienen el carácter de prohibiciones o impedimentos, porque la ley exige la ausencia de ciertos hechos o de determinadas situaciones personales que, de concurrir, constituirían un verdadero obstáculo al matrimonio.

Fué especialmente en el Derecho canónico donde se desarrolló y elaboró la doctrina de los impedimentos matrimoniales. Los canonistas agruparon las condiciones requeridas para contraer matrimonio en dos categorías principales: impedimentos dirimentes (*impedimenta dirimentia*), constituidos por prohibiciones, cuya violación producía la nulidad del matrimonio (*dirimunt*, es decir, anulan); impedimentos impeditivos o prohibitivos (*impedimenta impediencia*), o sean prohibiciones que impiden la celebración del matrimonio, pero cuya infracción no determina la nulidad de éste y sí la aplicación de sanciones penales a los contraventores, quedando el matrimonio válido e inimpugnable. De los impedimentos dirimentes, algunos eran absolutos (*imp. dirimentia publica*), porque podían denunciarse por cualquier interesado, y la nulidad que producían era perpetua, insanable; otros relativos (*imp. dirimentia privata*), porque la inobservancia de la prohibición sólo podía invocarse por determinadas personas, y la nulidad era convalidable mediante la renuncia a la acción o por inejercicio de ésta dentro de los términos preestablecidos. Algunos de estos impedimentos eran dispensables; con la dispensa se hacía inaplicable la prohibición a los esposos, habida cuenta de ciertas circunstancias personales; la dispensa podía solicitarse antes del matrimonio o después de celebrado éste, con objeto de sanar el vicio de que estaba afecto.

Ahora bien, el influjo ejercido por el Derecho canónico y la tradición histórica hicieron que pasase a la doctrina moderna el concepto de los impedimentos y que el Derecho actual acogiese en su mayor parte las enseñanzas de los canonistas; pero, como es natural, no todos los impedimentos fueron recibidos por nuestro Código (así, por ejemplo, los derivados del bautismo o de la confirmación, el de los esponsales, el de la *disparitas cultus*, el de votos solemnes y el de orden sacro, etc.); tampoco coinciden

las citadas clasificaciones de absolutos y relativos, públicos y privados, con el sistema propio de nuestro Código. El sistema de éste puede reducirse fundamentalmente a los conceptos de nulidad y anulabilidad. De las condiciones exigidas por nuestra ley para contraer matrimonio, algunas son de rigurosa e ineludible observancia; de modo que, si no se observan, el matrimonio se reputa jurídicamente inexistente o nulo; en orden a otras condiciones, la violación de las mismas produce solamente un vicio, el matrimonio es anulable y es válido si no se ejercita la acción de anulación; una tercera categoría de condiciones es la de aquellas cuya omisión determina la aplicación de ciertas sanciones penales, quedando, no obstante, el matrimonio válido e inimpugnable. Puede decirse que las prohibiciones de matrimonio, provistas de la sanción de nulidad o de anulabilidad, corresponden a los impedimentos dirimientes del Derecho canónico, y que las prohibiciones cuya inobservancia lleva aparejada la aplicación de multas o de penalidades, corresponden a los impeditivos. También en nuestro Derecho se admite la dispensa de algunos impedimentos: constituye esta facultad de dispensar una prerrogativa de la Corona, ya que se atribuye al Poder real, y hoy, por efecto del Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919, número 2.561, es ejercida por el Procurador general de la Corte de Apelación del territorio jurisdiccional donde residen los esposos o uno de ellos.

Dejando para el párrafo siguiente todo lo relativo a la nulidad y anulación del matrimonio, expondremos aquí lo concerniente a los requisitos para contraerlo, según la distinción fundamental de esencia y forma del acto.

I. *Requisitos sustantivos.*

1. *Diversidad de sexos.*—Requisito natural del matrimonio es la diversidad de sexos; no hemos de insistir, porque solamente los casos teratológicos de hermafroditismo (por lo demás raros) pueden reclamar la aplicación de este requisito; se resolverán teniendo en cuenta el sexo predominante.

2. *Pubertad.*—También la misma naturaleza exige que los esposos hayan alcanzado la madurez sexual. De aquí el requisito

de una edad mínima que esté en relación con el desarrollo físico, razonablemente más baja para la mujer que para el hombre. Pero como con la madurez del sexo se exige también una cierta madurez de razón para consentir, el Código eleva la edad mínima que por pura consideración fisiológica bastaría, y fija en diez y ocho años para el hombre y en quince para la mujer la edad necesaria para contraer matrimonio (art. 55). Se admite, sin embargo, la dispensa de edad: el Rey, o en su nombre el Procurador general de la Corte de Apelación (Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919, núm. 2.561), puede conceder al hombre que ha cumplido catorce años y a la mujer que ha cumplido los doce (artículo 68, párr. 1.º del Código civil, artículos 79, 80, 81 de Real decreto de 16 de Noviembre de 1865 de la Ordenanza sobre el estado civil).

El requisito de la pubertad responde al fin matrimonial de la procreación de la prole y perpetuación de la especie. Pero como éste no es un fin indefectible y la capacidad genérica es supuesta, no requerida de modo absoluto, el Código civil no declara que sean impedimentos del matrimonio la impotencia ni la vejez. No hay un límite máximo de edad; los viejos pueden contraer matrimonio; es más, no ya la generación, pero ni siquiera la cópula es requisito, como lo prueba la admisión de los matrimonios *in extremis*. En cuanto a la impotencia diremos que no constituye obstáculo a las nupcias; sin embargo, como hace la comunidad conyugal menos plena, la ley la toma en cuenta y la reputa causa de anulación, siempre que sea manifiesta, perpetua y anterior al matrimonio (art. 107). Con esto parece negarse que la procreación y la cópula sean fines esenciales e indefectibles del matrimonio; pero esta contradicción resulta sólo aparente si se piensa que la impotencia, siendo, como es, causa de la anulabilidad, necesita ser invocada para hacerse valer, de modo que el matrimonio, cuando la acción no se ejercite, puede subsistir con plena validez.

3. *Consentimiento de los esposos.*—a) Requisito esencial es que los esposos consientan en la creación del vínculo y se acepten recíprocamente como marido y mujer; el consentimiento

debe ser expreso y manifestado personal, oralmente y en forma solemne, es decir, ante el Oficial del estado civil en presencia de dos testigos y en la Sede del Municipio con respuesta pura y simple a la interrogación que el susodicho Oficial hace sucesivamente a cada esposo (artículos 93 y 94 del Código civil; art. 97 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). No se admite una tácita manifestación, porque la forma oral y expresa garantiza mejor la sociedad y la constancia de la volición; no se admite la representación propia, o sea en la voluntad, ni impropia o en la declaración, porque este acto afecta a lo más íntimo de la personalidad y es muy conveniente que el directamente interesado aprecie personalmente las ventajas de su realización (1); no

(1) El matrimonio por poder (conocido ya en Derecho canónico) es permitido solamente a la persona del Rey y miembros de la Real Familia, en orden a los cuales rige un derecho especial sancionado por el propio Código civil (art. 99). Excepcional y transitoriamente fué admitido también durante la guerra europea, en favor de los militares y de las personas empleadas en el Ejército y en la Marina (Decreto-ley de 24 de Junio de 1915, núm. 903; derogado en la actualidad por Decreto-ley de 22 de Agosto de 1920, núm. 1.263). y extendido luego a las provincias venetas invadidas por el enemigo (Decreto-ley de 1.º de Febrero de 1908, número 102). Tanto en el primer caso como en el segundo, se trata de representación impropia, puesto que la ley de ningún modo puede permitir que se confíe a la libre voluntad de un tercero la constitución del vínculo matrimonial; el procurador o apoderado es aquí un *nuncius* que transmite la personal voluntad del esposo. Prescindiendo de la Familia Real, en la que tal derogación del Derecho civil puede explicarse por la tradición histórica y por razones de Estado, la sustitución del poder para el matrimonio ha merecido acerbos críticas extendidas a las disposiciones que se dictaron en tiempo de guerra (Marchi, en *Filang*, XLI, 1916, páginas 161 y siguientes; Manenti, *Del matrimonio per procura dei militari*; en *Studi senesi*, XXXIII, 1917, páginas 99 y siguientes). ¿Qué ocurre si el matrimonio se celebra cuando el esposo mandante haya muerto? Es evidente que el matrimonio en este caso sería nulo; pero no faltan tampoco los defensores de su validez, que sostienen debe considerarse como un acto *mortis causa* (Manenti, ob. cit.), y aun quien esti mándolo nulo cree que produce ciertos efectos patrimoniales para el cónyuge superviviente, como es, por ejemplo, el derecho de retener cuanto hubiese recibido por alimentos o en concepto de pensión (Faggella, *La legislazione bellica in relaz. al diritto pubblico*, en *Riv. dir. pubb.*, 1918.

se tolera la adición de condiciones, términos o reservas, porque una declaración afecta de condición resolutoria o de término final se opondría al carácter duradero e indisoluble del matrimonio, y si tal condición fuese suspensiva, o el término inicial o la declaración limitada, se conculcaría el principio de certidumbre y de inmediata eficacia de la relación conyugal. La ley (art. 95) prohíbe expresamente tales adiciones (1), ordenando al Oficial del estado civil que no proceda a la celebración del matrimonio cuando los esposos condicionaren insistentemente su consentimiento (2).

b) El consentimiento válido sólo puede ser emitido por persona sana de mente y no sujeta a influjo, siquiera sea momentáneo, de causas morbosas que le priven de la conciencia del acto. Se aplican aquí las normas comunes relativas a la capacidad natural, que es el supuesto necesario de todo negocio jurídico; por tanto, debe reputarse nulo el matrimonio contraído

(1) El art. 95 habla solamente de condiciones y términos, pero ello es así porque éstas son las determinaciones accesorias de voluntad más importantes; la prohibición debe reputarse extensiva a otras modalidades o cláusulas que tiendan a limitar el consentimiento puro y simple.

(2) La ley dice que el Oficial del estado civil rehusará la celebración cuando las partes aleguen términos o condiciones e *insistiesen en ellos*; esta frase alude a la hipótesis de una voluntad contraria de los esposos, porque éstos no podrían adicionar la modalidad prohibida antes de ser interrogados por el Oficial del estado civil, o sea cuando ya se ha iniciado la celebración; ha de entenderse, pues, que el Oficial rechazará la respuesta dada e invitará a las partes a que la den pura y simplemente; si a pesar de la invitación persisten en su propósito, el Oficial denegará la celebración. Si a pesar de la prohibición el matrimonio se celebre, la ley (art. 124) impone una multa al Oficial del estado civil que lo hubiere autorizado, pero nada dice en cuanto a la validez del matrimonio. Alguien estima que éste es nulo por faltar la voluntad pura que la ley exige; más exacto por más conforme a la voluntad de los compiladores del Código (Gianzana, *Cód. civ.*, III, pág. 57), es considerar el matrimonio como válido y como no puestos el término o la condición. Véase Manenti, *Della inapponibilità delle condizioni ai negos. giur. e in specie delle cond. apposte al matrim.*, Siena, 1888, pág. 186; Polacco, *Del matrimonio contratto sotto condizione od a termine* (*Atti R. Ist. Veneto*, VII, 1895, pág. 253).

por quien sufra una enfermedad mental o una perturbación, aunque sea transitoria, de la psiquis, tales que destruyan la voluntad. Debe probarse que la enfermedad subsiste en el momento de prestar el consentimiento, sin que precise que sea reconocida en el juicio de interdicción. Cuando este juicio ha tenido lugar y en él se declara interdicta a la persona, basta la sentencia de interdicción para acreditar la incapacidad, sin que sea necesario probar la ausencia de voluntad, aunque se pruebe haber cesado la afección patológica mental, en el momento de la celebración (1): la interdicción judicial (2) constituye un impedimento del matrimonio, y para evitar que éste se halle expuesto a una posterior anulación, la ley ordena que si el juicio de interdicción sólo ha sido promovido, la celebración debe suspender-

(1) En este sentido debe interpretarse el art. 61 de la ley que explícitamente prohíbe el matrimonio a quien esté interdicto por padecer enfermedad mental; el legislador ha querido declarar con esto que de las diferentes causas de incapacidad legal, sólo tiene trascendencia aquí la interdicción judicial, excluyéndose la interdicción por pena y la inhabilitación. Pero no puede compartirse la opinión de algún autor de que solamente la enfermedad mental constatada mediante el juicio de interdicción implique la anulación y que en los demás casos en que no se dé el aludido requisito el matrimonio sea válido.

Y se explica que se mencione expresamente la interdicción judicial y se silencie la incapacidad natural; en el art. 61 y en los demás que le preceden y le siguen, las condiciones prescritas son concebidas como impedimentos matrimoniales, es decir, como prohibiciones de celebrar o autorizar el matrimonio impuestas al Oficial del estado civil; ahora bien, en el caso de interdicción judicial, hay una sentencia en la que se apoya la prohibición; en el caso de enfermedad no constatada en el juicio de interdicción, falta la prueba cierta que autoriza al Oficial a rehusar la celebración.

(2) No la interdicción legal; la pena a que haya sido condenado uno de los esposos no impide que cree el vínculo conyugal, ya que el legislador no ha creído oportuno privar al reo, aunque lo sea de graves delitos de la facultad de constituir una familia. Ciertamente que en los casos de condenas graves y de larga duración faltan las más elevadas finalidades del matrimonio: la comunidad de vida, la procreación de hijos; pero razones sentimentales y afectivas justifican el nacimiento del vínculo aunque no obedezca a fines favorecidos por la ley, como es, por ejemplo, el de la legitimación de los hijos.

se hasta que la autoridad judicial pronuncie sentencia definitiva (artículo 61). Contraído el matrimonio, no obstante la sentencia de interdicción, el matrimonio puede ser impugnado por el propio interdicto, por su tutor, por el Consejo de familia y por el Ministerio fiscal (art. 112). También la interdicción declarada con posterioridad al matrimonio produce el mismo efecto, el de hacer éste anulable si de la sentencia resulta que la enfermedad mental existía ya al tiempo de contraerse el matrimonio.

c) El consentimiento debe estar *exento de vicios*. Son aplicables aquí los principios generales de los negocios jurídicos en virtud de los cuales, si el consentimiento falta por completo (casos del ebrio y del demente), habrá *nulidad* de matrimonio; si habiendo consentimiento estuviese éste viciado, el matrimonio sería *anulable*. Pero como derivación de aquellos principios y para asegurar mejor la seriedad de la voluntad de los esposos, la ley no admite sean invocables los tres consabidos vicios: excluye el dolo, y del error sólo admite una especie, la del *error in persona* rechazando los demás. Así los únicos vicios del consentimiento que autorizan a impugnar y a hacer anular el matrimonio son: la violencia y el error en la persona como se deduce del artículo 105 del Código civil: «El matrimonio puede ser impugnado por el esposo que no hubiere dado libremente su consentimiento. Si hubiere error en la persona, la acción de nulidad puede promoverse por el esposo que incurrió en error».

Sobre estos puntos se han suscitado enconadas controversias y graves discrepancias entre los autores y Tribunales. Haremos breve referencia.

a) *Violencia*.—Esta no plantea en verdad cuestiones muy difíciles: según los principios comunes, habrá de darse una coacción moral que prive de libertad a la determinación del individuo; no basta la presión aun intensa que puede ejercer el padre sobre la hija (temor reverencial), o la que es efecto de la seducción; podría darse en el rapto cuando después de consumado el delito se ejerza sobre la mujer la coacción psíquica necesaria para forzarla a contraer matrimonio. Si se trata de violencia material (*vis atrox*), habría no simple anulabilidad; sino nulidad del

matrimonio por faltar absolutamente la voluntad (caso por lo demás prácticamente imposible, dada la intervención en el acto del Oficial del estado civil).

β) *Dolo*.—La exclusión del dolo se funda en las expresiones del art. 105, en el que al referirse en su primera parte al consentimiento *libre*, alude también a la ausencia de violencia; en cambio en su segunda parte hace referencia al error solamente. Esta exclusión se justifica por el razonable temor de dar excesiva facilidad a la anulación de los matrimonios, dada la frecuencia con que uno de los esposos oculta defectos o cualidades negativas o se atribuye falsamente virtudes y cualidades positivas, con engaño del otro esposo. Se ha objetado que consentimiento *no libre* es tanto el arrancado con violencia cuanto el conseguido con dolo; que también en este caso se habla de cónyuge engañado (art. 127); que si el error admitido por la ley es solamente el que recae sobre la identidad de la persona, no sería lógico excluir el error sobre las cualidades esenciales de uno de los esposos cuando tal error hubiese sido dolosamente causado. De todos modos, sólo el dolo determinante sería invocable y también sólo el caracterizado por entrañar una malévolá intención, no, por ejemplo, la lisonja. Pero estos argumentos no son persuasivos (1): precisa mantener vigorosamente la doc-

(1) Consentimiento *no libre* no es sinónimo de consentimiento viciado; si fuesen sinónimos, ¿por qué no extender el art. 105 a los tres vicios de la voluntad, o sea a la violencia, al dolo y al error? Sin embargo, todos están conformes en que del error habla solamente el citado artículo en su párrafo 1.º (Vid. en sentido opuesto, Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 68, n. f.). En segundo lugar, el engaño a que se refiere el art. 127 versa sobre la existencia de impedimentos matrimoniales y la anulación se produce por la existencia del impedimento, no por el dolo. En cuanto a la relación entre dolo y error, se olvida que el dolo provoca siempre un error en la otra parte, y cuando este error se produce no es el error lo que se toma en consideración, sino el dolo por su esencial antijuridicidad; en el matrimonio es la misma ley la que no quiere que se invoque el dolo; el error interno o provocado maliciosamente por el otro esposo puede invocarse dentro de los límites autorizados por el art. 105. Véase también en sentido contrario Venzi, op. cit., pág. 68. y en *Ist. dir. civ.*, § 34, n. 15; Tendi, *La riserva mentale, il dolo e l'errore nel matrimonio* (*Giur. it.*, 1906, IV, páginas 161 y siguientes); y en orden al Derecho ca-

trina común para no abrir el portillo a las fáciles anulaciones (1).

γ) *Error*.—Más viva es la controversia en torno al error, porque mientras sólo el error en la persona es invocable se discute si hay que entender solamente el error sobre la identidad física o también con éste el error sobre la personalidad civil y cualidades personales, y si de éstas el error sobre todas las cualidades físicas, psíquicas, sociales o algunas de éstas y a cuáles. En vano se pretende exhumar argumentos de los trabajos preparatorios: son ambiguos y pueden esgrimirlos los partidarios de las tesis contrarias (2).

En favor de la limitación del error admisible a aquel solamente que recae sobre la identidad, se alega el texto del art. 105 (*error en la persona*) y el peligro de hacer frecuentes las anulaciones, ya que éstas serían provocadas por todo caso de divergencia entre las cualidades supuestas y las reales. Pero la fórmula del precepto no es decisiva; error en la persona es tanto el error sobre la identidad como el que recae sobre la cualidades personales. Por otra parte, no parece admisible que se dictase una disposición especial para un caso tan raro (cambio de personas) y de tanta dificultad en su acaecimiento. Respecto al peligro, oficia de freno el que se limite el error al que recaiga sobre las *cualidades esenciales*. En efecto, no toda cualidad de la persona puede considerarse esencial, sino tan sólo aquellas que determinen su estado civil y su condición social y que tienen tal peso en la común estimación, o para el otro esposo que hacen

nónico, Zani, *Il dolo in spiritualibus nel dir. canon.* (Filang., 1917, páginas 246 y siguientes).

(1) Dusi, *Ancora della nullità del matrimonio per ragioni di errore o di dolo* (Riv. it. p. le sc. giur., XXXIV, 1902, páginas 3 y siguientes, 237 y siguientes).

(2) En efecto, en el proyecto del Código, a la palabra «error» se añadía el adjetivo «esencial», pero en tanto la Comisión senatorial lo suprimía con el propósito de excluir todo error que no recayese en la identidad personal, la Comisión de coordinación atribuía a la supresión un significado diverso, como era el de confiar a la jurisprudencia la determinación de la especie de error invocable. (Cfr. Gianzana, *Cód. civ.*, I, página 196, III, pág. 58.)

se deba considerar como persona diversa la que tenga o no tenga la supuesta cualidad; así el haber abrazado uno de los esposos el estado religioso, o profesado de votos solemnes, o sido condenado a pena grave, o el pertenecer a nacionalidad que admita la poligamia, la falta de virginidad en la esposa (1).

4. *Consentimiento de los ascendientes.*—Cuando los contrayentes no hayan alcanzado determinada edad (incluso teniendo la que se requiere para matrimoniar), su consentimiento no es suficiente, debiendo ser integrado por el de las personas que sobre ellos ejercen el poder familiar; se trata aquí de una autorización, de una aprobación del acto que se proponen celebrar los descendientes, exigida por la ley a fin de que el vínculo conyugal no se contraiga sin un serio examen previo de su conveniencia por aquellos que tienen la dirección del grupo familiar y son por ella responsables, o sea por los padres, ascendientes, Consejo de familia y de tutela, llamados sucesivamente a prestarla. Distinguiendo los hijos varones de las hembras, siempre sobre el

(1) La jurisprudencia de los Tribunales abunda en ejemplos, pero no ofrece en sus decisiones una directiva segura. El caso más frecuente es el del *error virginitatis*, que se ha resuelto de modos muy distintos. Gabba, *L'errore sulle qualità personali del coniuge* (*Nuove quest di dir. civ.*, II, páginas 1 y siguientes); Atzeri, *Dell' errore sulle qualità della persona nel contratto di matrimonio* (*Studi per Fadda*, IV, pág. 175); Chironi, *I vizi del consenso nel matrimonio e l'error virginitatis* (*Foro it.*, 1914, páginas 881 y siguientes); D. Faggella, *Sull' annullabilità del matrimonio per errore* (*Giur. it.*, 1915, I, 2, páginas 191 y siguientes); y ampliamente con referencias doctrinales y jurisprudenciales, trata el problema Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 68-81, n. f., el cual se inclina a la opinión de que las tres especies de error (sobre la identidad física, sobre la personalidad civil y sobre las cualidades esenciales) son invocables; intenta una formulación más precisa para evitar la vaguedad e incertidumbre que entraña el hablar de cualidades esenciales; pero en nuestra opinión no la consigue, amplía demasiado la esfera de los errores invocables (incluyendo el caso del esposo probado o carente de un miembro que haya conseguido ocultar el defecto) o la reduce exageradamente (excluyendo el *error virginitatis*). En lo esencial tiene razón Ascoli *Nullità di matrimonio per errore* (*Riv. dir. civ.*, X, 1918, pág. 488) cuando dice que lo que determina en una cualidad el ser o no esencial responde a un criterio que no puede ser fijado de antemano con alcance general, y sí caso por caso en considerando las condiciones de los cónyuges.

supuesto de una más precoz madurez fisiológica en la mujer, el Código exige el consentimiento del padre y de la madre para el matrimonio de la hija que no haya cumplido veintiún años, o para el del hijo que no haya cumplido los veinticinco; si los padres están discordes, basta el consentimiento del padre; si uno de ellos ha muerto o está imposibilitado para manifestar su voluntad (por ejemplo, estar ausente en sentido técnico o no estar sano de juicio, o por haber sido condenado a pena que implique interdicción legal), basta el consentimiento del otro (art. 63). El límite de edad cambia (en orden al hijo) si los padres faltan o se hallan imposibilitados de manifestar su voluntad; la ley adopta en este caso como límite la menor edad, o sea, los veintiún años tanto para el hijo como para la hija, y dispone que deben obtener el consentimiento de los abuelos y abuelas si no han cumplido aún los veintiún años; si el abuelo y la abuela de la misma línea disienten, basta el consentimiento del abuelo; la discrepancia entre las dos líneas equivale a consentimiento (art. 64). Pero como también los abuelos pueden faltar o no estar en condiciones de manifestar su voluntad, el consentimiento debe ser prestado en tal caso por el Consejo de familia, siempre que se trate de hijos menores de veintiún años (art. 65). Esto por lo que respecta a los hijos legítimos y legitimados. Si se trata de hijos naturales reconocidos, el consentimiento deberá prestarse por ambos padres o por aquel solamente que lo hubiere reconocido (aplicando el precepto del art. 63); si faltan los padres, corresponde inmediatamente al Consejo de tutela (art. 66, párr. 1.º); si se trata de hijos naturales no reconocidos, corresponde emitir el consentimiento inmediatamente al Consejo de tutela (art. 66, párrafo 1.º). Finalmente, en el caso de adopción, es necesario al menor de veintiún años, además del consentimiento de los padres legítimos, también el del adoptante (art. 63, párr. 2.º), y a la inversa, basta el consentimiento del adoptante en orden al hijo natural o al legítimo, sin necesidad de recurrir al Consejo de tutela o de familia, en los casos en que debería recurrirse a estos organismos.

El consentimiento se presta personalmente ante el Oficial del

estado civil o mediante documento auténtico, el cual debe contener indicación precisa de la persona que emite el consentimiento y de la otra que lo recibe y lo preste a su vez, de los nombres, apellidos, profesión, residencia, grado de parentesco de las personas que autorizan el matrimonio. Las mismas indicaciones deben contener los acuerdos del Consejo de familia o de tutela cuando son estos organismos los que deben consentir (artículo 81). El consentimiento debe prestarse no en el momento de celebrarse el matrimonio y sí antes, porque la ley prohíbe al Oficial del estado civil proceder a las publicaciones si no le consta el consentimiento (art. 74): de aquí el uso introducido de prestar el consentimiento cuando los esposos piden se proceda a las publicaciones.

Debiera conciliarse el poder de autorización conferido a los ascendientes y a los Consejos citados con las justas exigencias y legítimas aspiraciones del hijo en el caso en que tal poder y aspiraciones se hallasen en conflicto. La ley prevé el caso de una injusta negativa y otorga al hijo un derecho de recurso a la autoridad judicial, que es la que debe decidir (art. 67). El hijo (1) puede también recurrir a la Corte de Apelación, la cual provee oídos las partes y el Ministerio fiscal a puerta cerrada, sin intervención de Procuradores y Abogados, y confirma la negativa de las personas u organismos que deben autorizar el matrimonio o la declara injusta autorizando éste; en ningún caso motivará su resolución. La facultad de recurrir puede ejercitarse en interés de la hija, y tratándose de hijo varón también en interés de éste, cuando sea menor, por los parientes o afines o por el Ministerio fiscal (artículo citado) (2).

(1) El art. 67 añade en su primer párrafo *mayor de edad*; de ello debiera deducirse que los abuelos o el Consejo de familia o de tutela pueden denegar su consentimiento al matrimonio del hijo mayor de veintiún años. Pero como se ha visto (artículos 64 y 65) el hijo varón mayor de veintiún años no necesita (en defecto de los padres) del consentimiento de los abuelos o del Consejo de familia o de tutela; precisa, pues, corregir la imperfecta redacción del artículo.

(2) En otras razones se funda la necesidad de la previa, real o ministerial autorización, exigidas en los matrimonios de militares; la protección de la dignidad que debe revestir cualquier grado de la jerarquía

5. *Ausencia de determinados vínculos de parentesco.*—La ley prohíbe el matrimonio entre personas ligadas por ciertos vínculos de parentesco; repugna al sentido ético y va contra la familia y contra la naturaleza el que parientes muy próximos se unan carnalmente; cuando el vínculo parental es muy estrecho, la prohibición no solamente se encierra en la esfera jurídica privada, sino que se desplaza al Derecho penal, que considera tal unión como delito (incesto: art. 337 del Código penal).

Templando el rigor del Derecho canónico, que extendía demasiado esta prohibición, nuestro Código prohíbe el matrimonio cuando el grado de parentesco legítimo natural o civil o el de afinidad sean muy próximos, dejando total libertad cuando el grado de parentesco sea más remoto; y tal matrimonio resulta prohibido por dos modos diversos: absolutamente o autorizando de modo excepcional la dispensa del impedimento. Es prohibido el matrimonio de *modo absoluto*; *a*), entre ascendientes y descendientes legítimos o naturales hasta el infinito (artículo 58); *b*), entre afines en línea recta hasta el infinito: suegro y nuera, suegra y yerno, padrastro e hijastra, etc. (art. 58); *c*), entre hermanos y hermanas legítimos o naturales, ya sean germanos, consanguíneos o uterinos (art. 59, n. 1); *d*), entre adoptante y adoptado o sus descendientes, entre los hijos adoptivos de una misma persona, entre el hijo adoptivo y los hijos consanguíneos del adoptante, entre el adoptado y el cónyuge del adoptante y el cónyuge del adoptado (art. 60). Es prohibido

militar o de la Armada, exige que al matrimonio de los Oficiales preceda el asentimiento o licencia del Rey que tiene por objeto evitar que los matrimonios con mujeres deshonradas o de mala fama empañe el prestigio y honorabilidad militares (ley de 25 de Junio de 1911, núm. 617, sobre matrimonio de Oficiales); la necesidad de hallarse libres de vínculos o de prole para prestar mejor el servicio militar, implica el que para los matrimonios de suboficiales, cabos, soldados y reclutas se necesita la autorización del Ministro de la Guerra (Real decreto de 24 de Diciembre de 1911, núm. 1.497, sobre reclutamiento). Durante la última guerra se dió el Decreto-ley de 14 de Octubre de 1915.

En cuanto al matrimonio de los miembros de la Familia Real se necesita el consentimiento del Rey y es requerido éste cualquiera que sea la edad del esposo sin posibilidad de oponerse a la negativa (art. 69).

de modo no absoluto: *a*), entre afines colaterales en segundo grado: cuñados y cuñadas (art. 59, n. 2); *b*), entre tíos y sobrinos, entendiendo incluidos los tíos del padre y de la madre y los sobrinos segundos (art. 59, n. 3). Estos dos impedimentos son dispensables, concurriendo graves motivos por el Rey (artículo 68) y hoy por el Procurador general de la Corte de Apelación (Decreto-ley de 28 de Diciembre de 1919, n. 2.561).

6. *Libertad de estado.*—Por ser el matrimonio nuestro monogámico, no puede contraer válidas nupcias quien se halla vinculado por un matrimonio anterior (art. 56), y como el único medio de disolución de éste es la muerte (art. 148), el impedimento dura cuanto dura la vida de los cónyuges y la violación del mismo se convierte en delito (bigamia: art. 359 del Código penal). Cosa distinta ocurre si media una causa de anulación del precedente matrimonio; la anulación hace que se considere éste como no celebrado, salvo los efectos especiales en el caso de matrimonio putativo (art. 116).

Inexistencia de crimen.—Altas razones de moralidad quieren que no se permita el matrimonio cuando uno de los esposos o ambos hayan atentado gravemente a la integridad personal del otro cónyuge u ofendido el vínculo conyugal que liga al otro cónyuge. El Código ha limitado la prohibición a un hecho criminal tan solo (1): quien haya cometido homicidio voluntario en la persona de uno de los cónyuges, no puede matrimoniar con el sobreviviente. La prohibición subsiste si el homicidio ha sido intentado o frustrado, si participaron ambos esposos o fué autor uno solo de ellos, ya sean autores o cómplices del delito, pero siempre que éste resulte acreditado por sentencia criminal; cuando se formule la acusación o se ordene la prisión, el matrimonio debe suspenderse hasta el final del juicio (art. 62).

(1) Todo otro delito, aunque sea grave y cometido con el intento de turbar la paz familiar, no constituye impedimento, cuando habiendo muerto el otro cónyuge o anulado el matrimonio, el supérstite haya readquirido el estado libre. Y no debiera, sin embargo, consentirse tampoco, cuando entre los dos haya habido relación adulterina; pero la proposición de Bonacci en la Comisión de Coordinación no fué acogida (Gianzana, *Cod. civile*, III, pág. 40).

Intervalo de diez meses para la mujer.—A la mujer casada que quede luego viuda o recobre su primitivo estado por anulación del matrimonio, le es impuesta una especial prohibición: la de contraer nuevo matrimonio antes de transcurrir diez meses, a contar desde el día de la disolución (por muerte) o de la anulación del matrimonio anterior (art. 57). La razón de la prohibición es la necesidad de no dar lugar a incertezas en orden a la paternidad de la prole, que podría en tal caso corresponder al primer marido o al segundo; y las dudas no se resolverían con la aplicación del principio *pater is est quem iustæ nuptiæ demonstrant*. El término de diez meses es el término máximo de gestación (art. 160) sobre el que se basa la anterior regla. Pero como la *turbatio sanguinis* es imposible cuando la mujer haya dado a luz o cuando el matrimonio hubiere sido anulado por impotencia manifiesta y perpetua (art. 107), en estos casos cesa la prohibición, ya que no se da interés alguno de la prole que exija protección (art. 57).

II. *Requisitos de forma.*—La forma, como ya se dijo, no es una mera solemnidad externa del matrimonio, sino algo sustantivo, por lo menos en el momento de la intervención y de la declaración del Oficial des que la ley exige se refieren, preparatorios del matrimonio; otras, a su celebración.

a) *Formalidades preliminares.*—Carácter propio del matrimonio moderno es el de su publicidad; no basta que la celebración sea pública, los mismos actos preparatorios deben ser públicos también, a fin de que no se contraigan matrimonios que la ley prohíba y de que puedan ser denunciados los impedimentos que existan entre los esposos. A esto tienden precisamente las *publicaciones*, que no son otra cosa que las *denuntiationes* o *proclamations* del Derecho canónico, según el cual, el matrimonio futuro debía anunciarse durante el oficio en tres días festivos para que todos pudiesen dar a conocer a la autoridad eclesiástica la existencia de impedimentos; sólo excepcionalmente se permitieron los matrimonios secretos, en los que se omitían las *denuntiationes*.

No se puede, por tanto, celebrar el matrimonio si a éste no preceden las dos publicaciones, las cuales son hechas por el Oficial del estado civil (art. 70) en el Municipio en que el matrimonio se celebre y en aquel en que resida cada uno de los esposos, y si la residencia fué de menos de un año, también en el Municipio donde hubieren residido anteriormente (art. 71), mediante un anuncio que se fijará en la puerta de la Casa municipal en dos domingos sucesivos; el anuncio continuará por el intervalo de tiempo entre una y otra publicación y por tres días más (artículo 72). El anuncio o acta de publicación debe contener el nombre, apellidos, profesión y residencia de los padres (artículo 70, párr. 1.º) y debe ser conservada en un registro a los fines que señala el art. 62 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865. A las publicaciones no podrá procederse si no se solicitan; pueden solicitarlas los propios esposos personalmente, el padre, el tutor u otra persona provista de mandato auténtico (art. 73). La solicitud es hecha al Oficial del estado civil ante el que deba celebrarse el matrimonio (art. 65, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865), acompañándose los documentos que acrediten la identidad y capacidad de los esposos y la ausencia de impedimentos, y extractos de las actas de nacimiento de los esposos, actas de defunción o sentencias que prueben la disolución o nulidad de los matrimonios anteriores, los documentos que prueben el consentimiento de los ascendientes o del Consejo de familia o de tutela en los casos en que tal consentimiento es requerido (cuando no se preste personalmente ante el Oficial del estado civil, art. 81), y, en general, todos aquellos documentos que en los distintos casos prueben la libertad y condición familiar de los esposos (artículo 79 del Código civil, artículos 67-72 del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). Cuando no pueda presentarse el acta de nacimiento, se suplirá con el acta de notoriedad extendida ante el Pretor (o por delegación de éste ante el conciliador en los Municipios que no sean Sede de pretura, art. 14, ley de 16 de Junio de 1892, núm. 261; artículo 16, Reglamento de 26 de Diciembre de 1892, n. 728), conteniendo la declaración jurada de cinco testigos que afirmen la identidad de la persona (art. 80).

Se concede aquí al Oficial del estado civil, como más tarde en el momento de la celebración, un poder de apreciación y de decisión en orden a la comprobación de las circunstancias todas que deben concurrir para contraer válidamente matrimonio. Puede dicho Oficial rehusar las publicaciones cuando estime que no concurren todas las condiciones exigidas, y si las rehusa deberá expedir un certificado en que motive su negativa (art. 75); la decisión definitiva corresponde, sin embargo, a la autoridad judicial; contra la negativa del Oficial podrá recurrirse al Tribunal civil, que dictará providencia luego de oído el Ministerio público (art. 75 del Código civil, art. 798 del Código de procedimiento civil).

Efectuadas las publicaciones podrá celebrarse el matrimonio no antes del cuarto día siguiente al de la última publicación (artículo 76). Pero la eficacia de las publicaciones no es indefinida; la pierden y debe renovarse si el matrimonio no se celebra dentro de los ciento ochenta días siguientes (art. 77), y ello porque en tan largo lapso de tiempo pueden sobrevenir nuevos impedimentos.

Se admite la dispensa de las publicaciones. El poder de dispensar, que es una prerrogativa del Soberano, se ejerce por el Ministerio público, como autoridad delegada del Rey. Puede dispensarse de una de las dos publicaciones, y la concede por causas graves el Procurador del Rey del Tribunal en cuya jurisdicción haya de celebrarse el matrimonio; puede dispensarse de ambas por causas *gravísimas*, y el poder de dispensar es ejercido por el Procurador general de la Corte de Apelación, pero en este último caso precisa la exhibición de un acta de notoriedad en la que cinco personas, aunque sean parientes de los esposos, declaren bajo juramento ante el Pretor del partido de uno de ellos que los conocen bien, consignando el nombre, apellidos, profesión y residencia de los esposos y de sus padres y asegurando por su conciencia que ninguno de los impedimentos enunciados en los artículos 56, 57, 58, 59, 60, 61 y 62 se opone al matrimonio (art. 78 del Código civil y art. 82 del Real decre-

to de 15 de Noviembre de 1869, modificado mediante el Real decreto de 14 de Febrero de 1869, n. 4.872) (1).

Finalmente, puede prescindirse no solamente de las publicaciones, sino de todo otro requisito preliminar en el caso de inminente peligro de muerte de uno de los esposos, o sea en el llamado matrimonio *in extremis*, pero a condición de que los esposos tengan prole cuya legitimación pretendan conseguir mediante el matrimonio subsiguiente. La facultad de prescindir de toda formalidad se atribuye al Oficial del estado civil, que usará de ella cuando concorra peligro de muerte, procediendo a la celebración del matrimonio fuera de la Casa Municipal (2) previa exhibición de una declaración jurada de cuatro testigos en la que afirmen la ausencia de impedimento de parentesco, afinidad, de estado, y mediando prestación del consentimiento favorable de los ascendientes o del tutor (artículo 78, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865).

b) *Celebración del matrimonio*.—La forma de verificarse el acto del matrimonio—fría, como todas las solemnidades de la ley civil y sin el perfume místico que exhala la correspondiente ceremonia eclesiástica—consiste substancialmente en la publicidad y oralidad de una interrogación hecha por el Oficial del estado civil a los esposos y en una respuesta simple de éstos, terminándose con la declaración del citado Oficial de haber contraído matrimonio los esposos. Es este el momento decisivo del acto, porque en él se contrae el matrimonio (3). Ningún otro rito o solemnidad precisa si se prescinde del carácter con que actúa

(1) Durante la última guerra y en favor de los militares se ordenó una mayor simplificación del procedimiento de dispensa por el Decreto-ley de 14 de Octubre de 1915, núm. 196.

(2) Independientemente del peligro de muerte puede celebrarse el matrimonio fuera de la Casa Municipal, en la casa de uno de los esposos o en otro lugar, si el esposo por enfermedad u otro impedimento no puede personarse en la Casa Ayuntamiento (art. 97); esta disposición no guarda relación alguna con la del art. 78 sobre el matrimonio *in extremis*.

(3) Por esto insistimos en evidenciar la función constitutiva de la intervención del Oficial del estado civil. Bastaría a probar esta función el siguiente ejemplo: si después de interrogados los esposos y obtenida

el susodicho Oficial

de 1865). Las prescripciones de forma son de rigor: El matrimonio debe celebrarse en la casa comunal (salvo el caso de impedimento de uno de los esposos: art. 96) y públicamente ante el Alcalde o quien le sustituya (que es el Oficial del estado civil), en el Municipio en que uno de los esposos tenga su domicilio o residencia (a diferencia de lo prescrito respecto a las publicaciones, que deben hacerse solamente en el Municipio de residencia), a presencia de dos testigos, aunque sean parientes (artículos 93 y 94). Puede concederse por razones especiales autorización para celebrar el matrimonio en otro Municipio, pero el Oficial del estado civil de éste deberá ser requerido por el Oficial Municipio competente y aquél transmitirá a éste el día siguiente copia auténtica del acta de matrimonio (art. 96). El día es fijado por las partes, aunque con las limitaciones establecidas en los artículos 76 y 77: el Oficial celebrante dará lectura a los esposos de los artículos 130, 131 y 132 del Código civil relativos a los más esenciales deberes de los cónyuges entre sí y de los cónyuges para con la prole; interroga, pues, a los esposos si pretenden tomarse como marido y mujer, recibe su declaración, que debe ser afirmativa, pura y simple, e inmediatamente declara en nombre de la ley verificada la unión (art. 94). Hay preceptos especiales para los casos en que uno de los esposos sea sordo, sordomudo o analfabeto (artículos 98 y 99, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). De las solemnidades que han tenido lugar se extiende un acta que se inscribe en los registros del Estado civil con la mención

para acreditar la regularidad del matrimonio (art. 383), firmándola los esposos y los testigos. Pero la forma no es esencial ni el acta constituye requisito ineludible de la existencia del matrimonio; vale solamente como prueba de la celebración.

la respuesta de éstos, el Oficial del Estado civil muriese antes de haber declarado la unión, el matrimonio se consideraría no celebrado. Distinto sería el caso en que se impidiese la extensión del acta del estado civil, luego de celebrado el matrimonio; la extensión del acta afecta a la prueba y no a la existencia del matrimonio.

En efecto, la ley, para evitar incertezas respecto al estado personal, no admite la reclamación del título de cónyuge ni la de los efectos civiles del matrimonio si no se presenta acta de celebración obtenida de los registros del Estado civil (art. 117); ni la posesión de estado, aunque se alegue por ambos cónyuges, releva de la necesidad legal de presentar el acta de celebración (artículo 118). Si en éste hubiere un defecto de forma, la posesión de estado conforme a la referida acta los subsana (art. 119). Sólo en algunos casos excepcionales la falta de acta puede suplirse con otros medios de prueba. Así si los registros del Estado civil no se han llevado regularmente, o se han destruído o extraviado, podrá admitirse como pruebas del matrimonio la documental y la testifical (art. 364). Semejantemente cuando hubieren indicios de que por dolo o culpa del Oficial del estado civil el acta del matrimonio no se hubiere inscrito en los registros, los cónyuges podrán exigir que se declare la existencia del matrimonio según las normas establecidas para los casos en que falten las actas del estado civil, con tal de exhibir el extracto de las publicaciones o del decreto de dispensa de éstas y de que haya una posesión de estado conforme (art. 121). La prueba de la celebración del matrimonio puede resultar de un proceso penal, y en este caso la inscripción de la sentencia en los registros asegura el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio relativos a los cónyuges y a sus hijos desde el día de la celebración (art. 122). Finalmente, y para proteger a la prole, se establece que habiendo hijos de dos personas que hayan vivido públicamente como marido y mujer y que luego hubieren muerto, la legitimidad de dichos hijos no podrá ser impugnada por faltar la prueba del matrimonio cuando dicha legitimidad resulte probada mediante una posesión de estado que no se oponga a tenor del acta de nacimiento (art. 120).

Tanto en el momento de las publicaciones como en el de la celebración, la ley faculta al Oficial del estado civil para rehusar la si a ella se oponen obstáculos legalmente previstos. Deberá expedir certificación de su negativa en la que indique los motivos en que apoya ésta; contra la negativa se puede recurrir ante

el Tribunal que resuelve oyendo al Ministerio fiscal; en segunda instancia decide la Corte de Apelación (art. 98 del Código civil; artículos 797 y 798 del Código de Procedimiento civil).

Disposiciones especiales regulan el matrimonio de los extranjeros en Italia y el de los italianos en el extranjero (artículos 100-103) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Coexisten en nuestra legislación dos formas de matrimonio: la canónica y la civil (art. 42 del Código civil español) y en ambas se exigen análogos requisitos para su celebración.

La capacidad de los contrayentes, determinada por la inexistencia de impedimentos, el consentimiento libremente expresado y ciertos requisitos formales.

Se acredita la capacidad en el expediente de libertad instituido por el Párroco en los matrimonios canónicos y por el Juez municipal en los civiles; en él mediante publicaciones o amonestaciones se hace saber la celebración del matrimonio para que puedan oponerse a ella o denunciar los impedimentos que son las causas que determinan o la no celebración del matrimonio o su nulidad y se clasifican en absolutos y relativos afectando éstos tan sólo a determinadas personas entre sí.

También se clasifican en dirimentes e impedientes; los últimos son conocidos en nuestro Código civil por el nombre de prohibiciones (artículo 45).

Los dirimentes están enumerados en los artículos 83 y 84 del Código civil, más la impubertad legal no se puede incluir entre ellos por originar sólo la anulabilidad, no la nulidad, del matrimonio.

Con la enumeración del Código civil casi coincide la del *Codex Iuris Canonici* (cánones 1.067 y siguientes) que establece pequeñas variaciones en la edad (diez y seis y catorce años para varones y hembras, respectivamente), en los grados de parentesco, y en la calificación de la impotencia, añadiendo la disparidad de cultos, el concubinato por pública honestidad y el parentesco espiritual derivado del bautismo (art. 100 y canon 1.091).

El consentimiento que puede expresarse por representante, ha de ser libremente prestado; la coacción, la fuerza y el miedo grave lo vician pudiendo determinar la anulación del matrimonio. También produce esos efectos el error que para el Código civil, art. 101, ha de ser en la persona y para el *Codex Iuris Canonici* puede recaer lo mismo en la sustancia, que en la persona, que en cualidad de la persona (cánones 1.082 y 1.083).

La forma es bien distinta, quedando reducida en el matrimonio civil a la lectura de los artículos 56 y 57 del Código civil y a la pregunta que el Juez municipal ante los testigos dirigirá a uno y otro contrayente sobre si persiste en la resolución de celebrar el matrimonio y efectivamente lo celebran, contestada afirmativamente, se levantará acta (artículo 100). Al acto de celebración de matrimonio canónico asistirá el Juez municipal, quien levantará acta, que incorporará seguidamente al Registro civil (art. 77).

Ciertas especialidades están determinadas por la condición de extranjero de uno de los contrayentes, por ser el matrimonio *in articulo mortis* y por ser secreto o de conciencia (artículos 91, 78 y 79 del Código civil español).

La única prueba del matrimonio se consigue mediante las actas de

§ 108.—*Oposición a la celebración y nulidad del matrimonio*

Brugi, *Ist.*, §§ 76 y 77; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 107 y 153; Zachariae, *Man.*, III, §§ 429-435; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, §§ 458-464; Planiol, *Traité*, I, números 799 y siguientes, 994 y siguientes.

I. *Oposición a la celebración del matrimonio.*—La obligación impuesta al Oficial del estado civil de no proceder a la celebración del matrimonio cuando constare la existencia de un impedimento matrimonial o cuando no se hubieren observado todas las formalidades preliminares, podría ser insuficiente para asegurar el respeto a la ley; en efecto, pueden existir impedimentos cuya existencia ignore dicho Oficial, pueden los cónyuges engañarle con argucias.

Las publicaciones tienen por objeto dar a conocer los impedimentos existentes, ya que todo ciudadano tiene derecho a denunciarlos a las autoridades. Pero aun con esto precisa un medio eficaz para hacerlos valer y para impedir que el matrimonio se celebre: este medio es la oposición.

La oposición al matrimonio es un derecho que corresponde no sólo a todo ciudadano, si que también a determinadas personas a las que la ley impone el deber de tutelar el interés familiar; los más próximos parientes, el cónyuge, los afines, según los casos, y el Ministerio fiscal siempre. No procede ejercitarla por un motivo cualquiera, sino mediando causas legítimas, cuando falte alguna de las condiciones exigidas para contraer matrimonio. Es, pues, cosa distinta de la negativa del consentimiento que deben prestar los padres, los ascendientes, el Consejo de familia o de tutela; este consentimiento puede rehusarse por motivos de oportunidad, por efecto de la libre apreciación de la conveniencia del matrimonio, sin que precise motivar dicha negativa a no ser en el caso de reclamación del hijo ante la Corte de Apelación (art. 67), la oposición, en cambio, sólo es admitida

Registro civil, salvo para los matrimonios celebrados antes de regir el Código civil que se probarán por los medios establecidos en las leyes anteriores - y cuando desapareciesen las actas o libros del Registro, no existiesen o se promoviese contienda judicial, casos en los que son admisibles todos los medios de prueba.

en virtud de causas expresamente reconocidas por la ley, debiendo alegarse el motivo en que se funda y pudiendo ejercitarse contra quien tenga más edad de aquella para en la que se requiere el consentimiento. Graves son, en efecto, las consecuencias de la oposición; en su virtud el matrimonio se suspende y no puede celebrarse hasta que se desautorice la oposición mediante sentencia firme; admitir, pues, la oposición sin fijarle límites perjudicaría más que beneficiaría al orden familiar.

Pero no todos los que pueden ejercer la oposición pueden oponerse por todos los motivos reconocidos en la ley; algunos pueden oponerse por *todos* estos motivos, y otros sólo por *algunos*. Corresponde la facultad de oposición ilimitadamente: 1), al padre, a la madre, y en defecto de ambos a los abuelos y abuelas respecto al matrimonio de sus hijos y descendientes, aunque los hijos varones hayan cumplido los veinticinco años y las hijas los veintiuno; 2), al Ministerio fiscal, para quien el derecho de oposición se convierte en un deber profesional (art. 87), a quien el Oficial del estado civil tiene obligación de denunciar los impedimentos que no le hubieran sido declarados y de suspender la celebración hasta que el Ministerio fiscal resolviera (art. 90, Real decreto de 15 de Noviembre de 1865). Corresponde la facultad de entablar oposición limitadamente: 1), en defecto de ascendientes, a los hermanos y hermanas, tíos y tías, a los primos hermanos mayores de edad, al tutor y al curador que hubieren sido autorizados por el Consejo de familia o de tutela, en defecto del consentimiento requerido por el art. 65 o cuando uno de los esposos sea enfermo mental aunque no esté interdicto (artículos 83 y 84); 3), al cónyuge de la persona que desea contraer otro matrimonio (art. 85), supuesto el caso de que una persona casada consiga engañar a aquella con quien desea contraer matrimonio y al Oficial del estado civil, haciéndoles creer que es soltero; 3), al ascendiente más próximo de la viuda y a todos los afines de ésta en el caso en que quiera contraer segundo matrimonio antes de transcurrir diez meses desde que ocurrió la muerte del primer marido; a los mismos y al propio marido si el primer matrimonio hubiera sido anulado (art. 86).

La oposición es un acto que se notifica en forma de citación a los esposos y al Oficial del estado civil y en ella se indicará la cualidad que otorga el derecho de oponerse, la causa de la oposición, la elección del domicilio en el Municipio en donde tiene su sede el Tribunal en cuyo territorio deba celebrarse el matrimonio (artículos 88 y 89 del Código civil; artículos 797 y 798 del Código de Procedimiento civil). Hecha por quien tenga derecho a su ejercicio y basada en causa reconocida por la ley, produce sin más la suspensión de la celebración, sin que pueda el Oficial del estado civil juzgar de la existencia del impedimento y del fundamento de la oposición (art. 90): la suspensión dura hasta que la oposición haya sido declarada infundada mediante sentencia firme (art. 90). El derecho de obtener que la oposición se declare infundada corresponde al esposo a quien afecte el impedimento alegado o a ambos esposos. Admitida la oposición, la suspensión será definitiva y el matrimonio no puede celebrarse por lo menos mientras subsista el impedimento cuando éste sea temporal; si la oposición es rechazada, el oficial del Estado civil debe, previa exhibición de la sentencia, proceder a la celebración del matrimonio (salvo el deber de renovar las publicaciones si hubieren transcurrido los términos de su validez) y el oponente puede ser condenado al resarcimiento de daños al esposo, siempre que no se trate de un ascendiente o del Ministerio fiscal (art. 91).

II. *Nulidad y anulabilidad del matrimonio.*—Cuando a pesar de faltar uno de los requisitos exigidos o no obstante la concurrencia de algún impedimento, se hubiere contraído el matrimonio, pueden producirse tres situaciones profundamente diversas, según la naturaleza o importancia del requisito que falte o del impedimento que se viola. El matrimonio, en efecto: *a*), puede ser nulo, es decir, jurídicamente inexistente; *b*), puede ser anulable, es decir, producir plenos efectos en tanto no sea impugnado mediante la acción de la anulación; *c*), puede tener plena validez y no ser impugnable no obstante haberse conculcado un precepto legal. Las dos primeras hipótesis se dan cuando falta una condición o requisito esencial al matrimonio o cuando

no se haya tenido en cuenta y respetado un impedimento dirimente; la tercera se produce por la violación de un impedimento impediante.

Pero el sistema legal no se reduce a esta simple distinción de efectos. Hay que tener en cuenta de una parte la consciencia o la ignorancia que del impedimento tuvieren los esposos, porque es justo que las consecuencias sean menos graves para quien ignorando el obstáculo contrajera matrimonio (cónyuge de buena fe), y en todo caso debe ponerse la prole a salvo de tales consecuencias y favorecer su legitimidad. Por otra parte, en los casos de anulabilidad hay que apreciar los hechos que pueden equivaler a una renuncia al ejercicio de la acción o a tolerancia del vicio, para no exponer por demasiado tiempo el matrimonio a los peligros de la anulación, por la utilidad social que reporta el que las situaciones familiares ilegalmente creadas se consoliden en bien de la familia y se hagan inimpugnables.

No hubieran satisfecho tal exigencia los preceptos y términos concernientes a la acción común de anulación aplicable a los negocios jurídicos. De este modo el sistema legal resulta complejo y rico en preceptos especiales, apropiado a la delicadeza e importancia de la materia.

a) *la nulidad* se produce por la falta de uno de los requisitos fundamentales del matrimonio o por la infracción de un impedimento dirimente, en cuyos casos no es posible convalidación por ser casos absolutos de nulidad. Es producida por tanto:

- 1) por la *identidad de sexo*;
- 2) por *defecto absoluto en el consentimiento de los esposos*;
- 3) por *defecto absoluto* en la forma (no celebrarse ante el Oficial del estado civil, no concurrir los testigos);

4) por *parentesco* legítimo o natural en línea recta hasta el infinito y en la colateral hasta el tercer grado; por afinidad en línea recta hasta el infinito, en la colateral hasta el segundo grado; por parentesco civil de adopción en los términos establecidos en el art. 60 (1);

(1) Según algunos, cuando se viola el impedimento de parentesco o de afinidad dentro de los grados en que se admite la dispensa real tíos

5) *por el vínculo de matrimonio* anterior no disuelto ni anulado (2);

6) por el homicidio voluntario cometido, intentado o frustrado en la persona del cónyuge de uno de los contrayentes (3).

Conformemente a los principios generales, la nulidad es inconválidable, perpetua, de orden público, invocable por cualquier interesado. *Inconválidable*, porque es ineficaz todo acto posterior confirmatorio o de ratificación, así como la consumación, la cohabitación y la procreación, ni la misma posesión del estado de cónyuge; ninguno de estos actos hace eficaz una unión que jurídicamente no existe, aun cuando no se estime (tal ocurre en los casos de bigamia e incesto), como delito. Sólo una nueva celebración (cuando sea posible) puede reparar, pero sólo para el futuro, nunca para el pasado. *Perpetua*, porque la nulidad puede ser declarada en cualquier tiempo, sin que éste perjudique por su transcurso la eficacia de la acción. *Invocable por todos*, porque no sólo los esposos, si que también los ascendien-

y sobrinos, cuñados y cuñadas), habría solamente anulabilidad no nulidad de matrimonio. Si hubiese solamente anulabilidad, la ley debería indicar el modo de convalidar el matrimonio, y no lo indica; no sería convalidación la dispensa obtenida posteriormente, porque el matrimonio debería celebrarse de nuevo, es decir, habría que hacer lo que hay que hacer cuando un acto es nulo: renovarlo.

(2) Un caso particular es el del matrimonio contraído por quien, siendo casado, tenga a su cónyuge ausente; es una desviación de los principios, justificada por la especialidad del caso. El nuevo matrimonio es nulo indudablemente, porque la ausencia prolongada de un cónyuge no rompe el vínculo conyugal; el cónyuge del ausente no es de estado libre. Pero frente al rigor de los principios hay la conveniencia práctica de no turbar la nueva unión sin necesidad grave, ya que el ausente podía haber muerto o no regresar jamás. El Código (art. 114) preceptúa en tal caso que la acción de nulidad no pueda ejercitarse mientras dure la ausencia. Si ésta cesa, el segundo matrimonio es sin más nulo, y bastará probar la cesación para declararlo tal; si el ausente no regresa nunca, el matrimonio es válido e inimpugnable. Es una hipótesis ésta, intermedia entre las de nulidad y anulabilidad.

(3) También respecto a este impedimento cuya violación produce, según algunos, la mera anulabilidad, se repite lo dicho anteriormente, número 1.

tes próximos, el Consejo de familia o de tutela, el cónyuge del binubo, el Ministerio fiscal y cualquier tercero que tenga un interés legítimo y actual, aunque sea exclusivamente patrimonial, pueden instar que se declare nulo el matrimonio (art. 104, párrafo 1.º). La acción que corresponde al Ministerio fiscal resulta temporalmente limitada; no puede ejercitarse cuando muera uno de los contrayentes (art. 114).

δ) La nulidad es producida por vicios o defectos menos graves que los anteriores; se trata aquí de la violación de un impedimento dirimente; pero en cuanto el vicio o defecto es convalidable y puede oponerse sólo por determinadas personas, el impedimento es relativo. Según el vicio o defecto, varían el modo de convalidación y el plazo para el ejercicio de la acción de anulación; pueden variar las personas que deben oponer tales impedimentos. La anulabilidad precede:

1) *Del defecto en la edad* para contraer matrimonio, o sea cuando el esposo no haya cumplido los diez y ocho años o la esposa los quince y no haya habido dispensa real. El derecho de impugnación es concedido a los esposos, a los ascendientes próximos, al Consejo de familia y de tutela, al Ministerio público, a todos los que tengan un interés legítimo y actual (art. 104, párrafo 1.º). No corresponde a los ascendientes o Consejos que hubieren consentido el matrimonio (art. 111). Esta causa de anulabilidad se convalida de dos modos: α), por el transcurso de seis meses, desde el día que se cumplió la edad requerida para contraer; β), por el embarazo de la mujer, aun cuando no haya cumplido dicha edad (art. 110) (1). La dispensa real posterior no convalidaría el matrimonio.

(1) La disposición del núm. 2 del art. 110 sugiere una duda. Al declarar caducada la acción de impugnación cuando la esposa hubiere quedado encinta, prevé el caso de que ésta no haya cumplido la edad requerida para contraer matrimonio. Pero si tampoco el esposo la ha cumplido, ¿el embarazo de la mujer convalidará el matrimonio? Algunos opinan en sentido negativo; si ambos esposos no tienen la edad legal, habrá dos motivos de anulación: uno por razón del esposo y otro por razón de la esposa. El embarazo subsanará el defecto de edad en la esposa, pero no el del esposo; en favor de éste se da además la presunción de incapacidad.

2) *Del vicio en el consentimiento de los esposos*, cuando haya habido violencia psíquica o error en la persona, entendido éste dentro de los límites antes fijados. La acción de anulación se concede solamente al otro esposo, o sea a aquel cuyo consentimiento no fué libre, a quien sufrió error (art. 105). El vicio se subsana, y la demanda de anulación no es admitida cuando hubiere habido cohabitación continuada durante un mes, luego que el esposo recobraré su plena libertad o conociere el error (artículo 106). Aunque la ley no lo declare, se debe considerar eficaz también la ratificación expresa: no hay razón que justifique que la declaración del esposo amenazado o que sufrió error, por la que reconozca el vicio y confirme su voluntad, no produzca en el matrimonio los mismos efectos que en cualquiera otro negocio jurídico.

3) *Por la interdicción por enfermedad mental*: el matrimonio es anulable, ya sea que la sentencia de interdicción fuese anterior a la celebración, ya sea que dicha sentencia fuese posterior, cuando la enfermedad mental sea anterior a la celebración. Pueden deducir la demanda el propio interdictado, su tutor, el Consejo de familia o de tutela, el Ministerio fiscal (art. 112). La acción no es admisible si ha habido cohabitación continuada por tres meses, después de revocada la interdicción (art. 112).

4) *Por falta de consentimiento de los padres* o de las personas que deben prestarlo. La acción de anulación se concede al esposo, que necesitaba el consentimiento que falta, y a los padres, a los ascendientes, al Consejo de familia o de tutela, que

cididad para la generación por su impubertad. Hay que estimar, sin embargo, que la convalidación produce sus efectos en orden a ambos cónyuges; el defecto de edad en ambos es subsanado por la copulación y por la maternidad que prueban la madurez sexual de los esposos y la posibilidad de que se cumplan los fines del matrimonio. La concepción prueba la pubertad no sólo de la esposa, si que también del esposo menor, ya que por el principio *pater est quem iustae nuptiae demonstrant*, éste debe estimarse padre del hijo concebido. Añádase, que si los números 1 y 2 son excepciones a la regla del art. 110, y si en éste no se distingue entre el caso en que la edad legal falte en un esposo de aquél en que falte en ambos, la excepción del núm. 2 debe referirse a ambos casos y la acción caduca, tanto si falta la edad en un esposo, como si falta en ambos.

deben prestarlo (art. 108). Tal irregularidad se subsana: α), por el esposo (a salvo siempre la acción de los padres, ascendientes, etc.), cuando hubiese alcanzado la mayor edad en el momento de contraer matrimonio; β), por el esposo o por la esposa (a salvo aquí también la acción que corresponde a los demás), cuando, habiendo alcanzado la mayor edad, dejaren transcurrir seis meses sin entablar reclamación; γ), por todos, cuando las personas que deben prestar el consentimiento hayan aprobado expresa o tácitamente el matrimonio; δ), por todos, cuando estas personas hayan dejado transcurrir seis meses sin reclamar contra el matrimonio (artículos 108, 109).

5) *Por la impotencia* manifiesta perpetua y anterior al matrimonio (art. 107). La impotencia puede ser de varias clases: *impotentia coeundi*, cuando no sea posible por cualquiera causa la copulación; *impotentia generandi*, cuando haya simple esterilidad e incapacidad de procrear. La *imp. coeundi* a su vez puede ser *instrumental* (defecto o falta de los órganos sexuales) o *funcional* (imposibilidad de ejercicio por frigidez, etc.), y esta última *absoluta*, si se da con relación a toda persona perteneciente a otro sexo, o *relativa*, si se da solamente con respecto al otro cónyuge. Se discute cuál de estas especies ha tenido en cuenta el legislador para declararle causa de anulación del matrimonio. Hay que estimar—teniendo presentes las miras de la ley, la tradición histórica y la doctrina canónica (1)—, que sólo es eficazmente alegable la *imp. coeundi*, no la *generandi*, que es de prueba difícil, contrasta menos con las finalidades del matrimonio y produce menos perturbaciones en el orden familiar. Pero tanto

(1) La materia tuvo un amplio desenvolvimiento en el Derecho canónico y las enseñanzas de los canonistas influyeron notablemente en la Codificación y en las doctrinas modernas. Las monografías abundan. He aquí las más importantes: Brandileone, *L'impedimentum impotentiae respectu sec. il dir. canonico* (*Foro it.*, 1910, 1, páginas 327 y siguientes); Co-viello, *L'impotenza relativa come causa di annullamento del matrimonio* (*Riv. dir. civ.*, 11, 1910, páginas 1.^a y siguientes); Gregoraci, *Criteri fondamentali per la retta interpretazione dell art. 107 del Cod. civ.* (*Riv. dir. civ.*, III, 1911, páginas 407 y siguientes); para una exposición sintética, Gio-vene, *Impotenza en Dir. prat. di dir. priv.*; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, página 88, n. n.

la instrumental como la funcional (incluyendo la llamada impotencia psíquica, producida por defecto en los centros nerviosos), lo mismo la absoluta que la relativa, son alegables, porque todas estas especies constituyen un obstáculo a la consecución del fin matrimonial, a la satisfacción de la necesidad sexual, fin y necesidad que, si no son altas idealidades, constituyen el fundamento natural del matrimonio, el primitivo impulso que induce a contraerlo. Es indiferente que estas especies se den en la mujer o en el hombre, es indiferente, aunque sea más frecuente la impotencia del hombre. Cualquiera que sea la especie de esta impotencia, deben concurrir tres requisitos para que, a tenor de la ley, sea invocable; la impotencia debe ser: α), *manifiesta*, es decir, patente, clara, cierta, evidente, demostrable mediante los procedimientos de la técnica médica; no podría alegarse aquella que es mero producto de inducción o de conjeturas; en cambio, no se requiere que sea perceptible por los sentidos; β), *perpetua*, es decir, incurable; no basta una enfermedad orgánica temporal o una ineptitud transitoria; γ), *anterior al matrimonio*, ya que los vicios que anulen éste deben (como en todo negocio jurídico) preexistir o acompañar a la formación de la relación; si se admitiese la posterior, se correría el peligro de anular matrimonios con excesiva frecuencia, y no sería tarea fácil fijar límites de tiempo o edad.

Esta causa de anulación puede ser propuesta únicamente por el otro cónyuge (art. 107). Se subsana: α), por el conocimiento que con anterioridad al matrimonio tuviese un cónyuge de la impotencia del otro; β), por la impotencia del otro cónyuge, siempre que sea anterior, manifiesta y perpetua (1). La acción no

(1) Ninguna de estas causas de subsanación está mencionada en la ley, pero la doctrina las admite y con razón; la primera, porque el cónyuge que conoció antes del matrimonio la impotencia del otro, demuestra que renuncia a la copulación, que es un interés personal (sobre esta materia véase Bertola, *La prescienza dell'impotenza en Foro it.*, 1914, I, página 492); la segunda, porque carece de interés jurídico quien siendo el mismo impotente, no puede esperar el verificar con el otro la copulación. Giovene, (*ob. cit.*), combate una y otra. Estima posible la subsanación en el caso en que la esposa haya concebido y dado a luz por obra de

caduca nunca; puede ejercitarse por el otro cónyuge en todo tiempo (1).

6) Por la incompetencia del Oficial del estado civil. Como, según el art. 1.º del Real decreto de 15 de Noviembre de 1865 sobre ordenamiento del estado civil, el Alcalde o quien le sustituye (salvo delegación de funciones) es el Oficial del estado civil, habrá incompetencia siempre que se celebre un matrimonio ante el Alcalde de un Municipio distinto del correspondiente o antes sustituto que no sea el Teniente de Alcalde o ante el Concejal más antiguo, no estando impedido el Teniente de Alcalde, y, en general, ante persona que no hubiese recibido delegación del Alcalde para ejercer las funciones de que tratamos (2). No sería incompetencia y sí defecto absoluto de forma que implicaría nulidad el celebrarse el matrimonio ante un Notario o Sacerdote o cualquiera otra autoridad que no pueda ni por delegación ejercer tales funciones. La anulación puede ser pedida por los cónyuges, por los ascendientes próximos, por el Consejo de familia o

un tercero y el marido no haya ejercitado la acción de desconocimiento de la prole, porque a la anulación obstaría la condición legítima que el hijo adquirió. Pero tal legitimidad quedaría a salvo, incluso con la anulación (art. 116); tampoco el obstáculo a la acción sería la inmoralidad que supondría el que el marido que acepta una prole que no es suya invoque ahora el adulterio de la mujer para anular el matrimonio, porque la acción de desconocimiento puede no ejercitarse (como ocurre con frecuencia), para no perjudicar a la prole.

(1) Pero esto hay que entenderlo *cum grano salis*. Es absurdo afirmar que la acción no se extingue en toda la vida de los cónyuges o que prescribe solamente por el transcurso de treinta años; repugna al sentido moral el permitir que un cónyuge después de muchos años de vida en común impugne el matrimonio por un vicio que sólo en edad juvenil puede pesar. Corresponde al Juez en este caso un poder discrecional que le permita rechazar la acción según las circunstancias.

(2) En sentido contrario véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 199, n. a, quien en todos los casos previstos en el texto (menos el primero), estima que falte el Oficial del estado civil y que por tanto el matrimonio es nulo, no anulable. No me parece admisible tal opinión, aun cuando sea por la razón práctica del gran número de matrimonios nulos que se celebrarían por la frecuencia con que en los pequeños Municipios rurales ocurre, que sin delegación ni ausencia o impedimento del Alcalde, autorice los matrimonios un Teniente Alcalde o Consejero municipal.

de tutela, por el Ministerio fiscal y por quien tenga un interés legítimo. Pero transcurrido un año, a contar desde la celebración, la demanda no es admitida (art. 104).

c) Producen, finalmente, mera *irritualidad* (que no determina nulidad ni anulabilidad del matrimonio, y que impone solamente a los cónyuges o al Oficial penas y multas diversas), las siguientes infracciones:

1) *La falta de publicaciones*: incurren en la multa de 200 a 1.000 liras los esposos y el Oficial del estado civil que hayan autorizado el matrimonio no precedido de las publicaciones (artículo 123).

2) *La inobservancia de otras formalidades* preliminares o simultáneas a la celebración del matrimonio a que se refieren los artículos 72, 75, 76, 93, 94, 98, 103; el Oficial del estado civil que sea culpable de esta omisión incurre en multa de 100 a 500 liras (artículo 126).

3) La inobservancia del término de diez meses que ha de dejar transcurrir la viuda sin contraer nuevo matrimonio. Se impone una multa de 300 a 1.000 liras a los cónyuges y al Oficial del estado civil, y además la mujer pierde la donación, lucro dotal o sucesión proveniente del primer marido (art. 128).

Adviértase que pueden incurrir también en ciertas penalidades aun cuando el matrimonio no se haya celebrado (ejemplo: artículo 125); tales penalidades se añaden como segunda sanción cuando se dan infracciones que implican nulidad o anulabilidad (art. 124); promueve la aplicación de las penas el Ministerio fiscal ante el Tribunal criminal (art. 129).

Efectos del matrimonio nulo o anulado.—Según los principios vigentes en la materia, cuando el matrimonio es nulo no precisa la declaración judicial de su nulidad para impedir que produzca efectos; en cambio, si se trata de matrimonio anulable, precisa deducir la oportuna demanda y que recaiga la sentencia de anulación. También aquí, según las reglas generales, la sentencia tiene efecto retroactivo haciendo que el matrimonio se considere como jamás contraído, y los efectos que hubiere producido, sea en las relaciones personales, sea en las patrimoniales

(que se expondrán en los siguientes §§), quedan destruídos, aniquilados, como si nunca se hubieran producido. Pero la rigurosa aplicación de este principio no sería justa ni prácticamente útil; por un lado, debe tenerse en cuenta que se ha producido ya una unión, aunque regular y prohibida; por otro, que no puede tratarse lo mismo al cónyuge culpable que al inocente, y que no deben recaer sobre la prole inocente las funestas consecuencias de la anulación. La ley ha templado con oportunos preceptos los efectos de la anulación acogiendo la figura del matrimonio putativo.

Matrimonio putativo (1) es el contraído en la ignorancia del impedimento existente, ignorancia que debe ser de ambos cónyuges o de uno solamente. Su esencia es el error y éste puede recaer sobre el hecho (por ejemplo, se ha creído que mediaba el consentimiento de los ascendientes, se ha creído disuelto el matrimonio anterior) o sobre el precepto jurídico (por ejemplo, se ha creído permitido el matrimonio en edad inferior a la legal, se ha errado en cuanto a los límites del impedimento derivado de la adopción).

Procede de buena fe quien incurre en error; influye de modo muy decisivo la gravedad del error, porque si éste es inexcusable no puede estimarse la buena fe en quien incurrió en él y mantuvo la ignorancia (2).

(1) Para la doctrina e historia de la institución véase Esmein, *Le mariage en droit canonique*, París, 1891; Massimi, *Del matrimonio nullo contratto in buona fede*, Roma, 1899; Crisafulli, *Il matrimonio putativo in dir. civile*, Torino, 1914; Galgano, *Violenza e consenso nel matrimonio putativo* (*Riv. dir. civ.*, XIII, 1921, páginas 109, 438 y siguientes); este último ha reconstruído el dogma de la buena fe y hecho investigaciones de gran valor.

(2) Una cuestión interesante (que ha sido resuelta por los Tribunales), es la de si puede haber matrimonio putativo en el caso en que el matrimonio se haya contraído bajo la amenaza: la violencia ejercida sobre uno de los esposos para arrancarle el consentimiento, ¿produce respecto al mismo el efecto propio del error, hasta el punto de considerar de buena fe al esposo violentado? La solución de esta cuestión depende de la que se dé a otra de carácter más general, a saber: si al concepto de la *bona fides* es esencial el error o si pueden otros estados personales de

El concepto de matrimonio putativo no se aplica al caso de ignorancia de las condiciones exigidas para contraer matrimonio; hay un límite que debe tenerse siempre presente: el de que un matrimonio contraído puede ser nulo o inválido.

El mínimo necesario lo constituye el que haya habido celebración, que haya dos personas de distinto sexo y que medie consentimiento; si, por ejemplo, la celebración faltó (matrimonio contraído ante un Notario), no es posible hablar de matrimonio putativo, porque ni siquiera se da aquí la apariencia de un matrimonio; de otro modo, pasaría por matrimonio putativo el puramente religioso, el concubinato, sólo con alegar una de las partes que ignoraba que el concubinato estuviese prohibido y que el único matrimonio admitido fuese el civil. Dado este concepto, a pesar de la violación de los más graves impedimentos matrimoniales, como el parentesco, la afinidad estrecha o el precedente matrimonio, puede haber matrimonio putativo si concurre la buena fe en uno de los esposos; se produce para el cónyuge (I) de buena fe (esposo, pariente o afín o casado ya) aquel efecto favorable que constituye la característica del matrimonio putativo.

Ahora bien, la regla acogida por el Código (art. 116) es la de que el matrimonio putativo produce efectos civiles para el cónyuge inocente en el momento de celebrarse, si sólo uno de ellos obró de buena fe, y de los hijos o para los cónyuges (si los dos obraron de buena fe y los hijos). «Produce efectos civiles» significa que la sentencia posterior de anulación no obra retro-

honorabilidad y rectitud, producir las mismas ventajas que el error. Este más amplio problema ha sido detenidamente estudiado por Galgano, *Sulla essenza della buona e mala fede*, Roma, 1914, quien defiende la tesis de que la *bona fides* es una noción ética, y que la relación entre ésta y la *mala fides*, es una relación de oposición contradictoria. Aplicando estos principios, Galgano estima en la obra citada, que el cónyuge a quien se arranca violentamente su consentimiento, se halla en estado de *bona fides* y que aun sin haber incurrido en error sobre el vicio o invalidez del matrimonio, deben serle extendidos los beneficios del matrimonio putativo.

(1) No para los hijos, como se probará más adelante, ya que no obstante la buena fe de los padres, son incestuosos o adulterinos.

activamente respecto al cónyuge de buena fe y a la prole, sino que respeta los derechos que se produjeron sin modificar los estados personales y las relaciones familiares surgidas hasta dictarse la sentencia del matrimonio estimado válido; la anulación opera *ex nunc*, se equipara a una disolución que impide se produzcan nuevos efectos sin destruir los derechos adquiridos y respeta los efectos producidos, ya sean personales o patrimoniales. Por consiguiente, mientras el matrimonio anulado por impedimento conocido por ambos cónyuges priva a éstos incluso por el tiempo pasado de la cualidad de cónyuges, convierte a los hijos legítimos en ilegítimos (1), resuelve el vínculo dotal, anula las donaciones por razón de matrimonio (incluso las hechas a los hijos), determina la cesación de los derechos y deberes recíprocos entre cónyuges y entre los padres y la prole; en cambio, habiendo buena fe, la anulación produce estos efectos:

a) *Respecto a los cónyuges o al cónyuge* que procedió de buena fe, la relación conyugal debe estimarse existente en el tiempo que precedió a la sentencia y reputar válidas las adquisiciones de frutos dotales y de lucros nupciales, inimpugnables las convenciones matrimoniales, válida la adquisición hereditaria por sucesión ya operada de uno a otro cónyuge, etc. No pueden producirse nuevos efectos, así que si, por ejemplo, después de la anulación, muere un cónyuge, no se opera la sucesión en fa-

(1) Algunos objetan que es inicuo hacer recaer sobre los hijos las consecuencias de la anulación y de la consciencia que los padres tuvieron del impedimento que obstaba al matrimonio: los hijos debieran aprovecharse siempre del hecho favorable del matrimonio, independientemente de la buena fe de los padres. Pero para apreciar en su justo valor el precepto legal, no hay que olvidar que el beneficio derivado de matrimonio putativo constituye una atenuación del rigor de los principios que implicarían por la retroactividad de las sentencias anulatorias, la destrucción de todos los efectos producidos; y más intensa atenuación de tal rigor, representa el admitir que para el beneficio de los hijos baste la buena fe de un cónyuge. Legislativamente es cierto que se puede ir aún más lejos y admitir que no perjudique en ningún caso a los hijos la mala fe de sus padres; pero esto relajaría la observancia de las normas prohibitivas del matrimonio, en cuanto que reduciría casi a la nada, la sanción correspondiente a la inobservancia.

vor del supérstite porque la vocación hereditaria no puede constituir un derecho adquirido antes de abrirse la sucesión: En cuanto a los efectos ya producidos, hay que tener en cuenta que las donaciones hechas por razón de matrimonio por un cónyuge al otro o por los terceros en favor de uno u otro cónyuge, quedan sin efecto, respectivamente, a los cónyuges y pueden producirlo solamente en relación a los hijos (art. 1.068) (1).

b) *Respecto a los hijos*, queda a salvo su condición de legítimos adquirida por ellos por haber nacido en constancia de matrimonio (2) o por haber sido legitimados por subsiguiente matrimonio (3); conservan todos los derechos a obtener alimentos, a la sucesión paterna y de los demás parientes; subsisten: la patria potestad sobre los mismos, el usufructo legal, etc.; estos

(1) Adviértase, que tanto en el caso de buena fe, como en el opuesto, subsiste en la mujer el impedimento de contraer nuevas nupcias antes de transcurridos los diez meses desde que se efectuó la anulación (artículo 57).

(2) En virtud de la norma que presume concebido durante el matrimonio, el hijo nacido no después de los trescientos días siguientes a la disolución o anulación del mismo (art. 160), es evidente que serán legítimos—tratándose de matrimonio putativo los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la sentencia de anulación.

(3) Debe hacerse una reserva en lo concerniente a los hijos adúlteros e incestuosos: en mi opinión, el beneficio que produce la buena fe de los padres, se detiene ante el origen incestuoso o adúlterino de los hijos. La hipótesis es que el matrimonio que luego es anulado, se hubiese contraído por personas entre las cuales había el impedimento de parentesco o afinidad o el de precedente matrimonio. Y pueden surgir dos casos que han originado vivas discusiones. *Primer caso*: durante el matrimonio se han procreado hijos; éstos eran aparentemente legítimos, pero anulado el matrimonio pierden la legitimidad a pesar de la buena fe de los padres o de uno de ellos y se convierten en adúlteros o incestuosos. La cesación del beneficio del matrimonio putativo se debe al principio general y absoluto que prohíbe tenga un estado la prole nacida de adulterio o de incesto (art. 180); la anulación ha confirmado el adulterio o el incesto e impide que los hijos puedan gozar de la cualidad de legítimos.—*Segundo caso*: los hijos fueron procreados antes del matrimonio y con éste fueron legitimados. operada la anulación, la cualidad de legítimos se pierde también, porque el susodicho principio general prohíbe de modo absoluto el reconocimiento de los hijos incestuosos y adúlteri-

efectos se producen para ambos cónyuges, aunque sólo uno de ellos hubiese procedido de buena fe.

La buena fe productiva de los efectos estudiados, es la buena fe inicial; es necesario y suficiente que se dé en el momento de celebrarse el matrimonio; no precisa que subsista después (*mala fides superveniens non nocet*). Se presume la buena fe, ya se trate de un error de hecho, ya de un error de derecho (otros excluyen la presunción si se trata de este último por la presunción de conocimiento de las normas de derecho). El momento en que cesan los efectos favorables es el de la sentencia, pero precisa que éste tenga autoridad de cosa juzgada (1).

nos y con mayor razón su legitimación. Esta solución ha sido aceptada por algunos autores y rechazada por otros que afirman que la legitimación ya verificada es indestructible ya que la ley al reconocer los efectos civiles del matrimonio en favor de los hijos, no distingue entre unos y otros. Yo replico que debe hacerse la distinción, porque la norma de favor del art. 116 halle su limitación en el precepto del art. 180 (art. 195). En ambos casos queda acreditada la paternidad o maternidad de los hijos, la cual resulta del propio matrimonio anulado, concediéndose a los hijos acción para exigir alimentos (art. 195, núm. 2). Precisamente esta última disposición, sin aludir a distinción alguna, prueba que la resolución es la misma, haya o no haya buena fe y nazcan los hijos antes o durante el matrimonio. Sobre esta materia, véase Pacifici, *Ist.*, VII, página 190, núm. 1 y Venzi, *id.*, pág. 203, n. f.

NOTA DEL TRADUCTOR.—*Oposición a la celebración del matrimonio.*—Distingue nuestro Código civil entre denuncia de impedimentos matrimoniales y oposición a la celebración del matrimonio. Una y otra han de efectuarse antes de que el matrimonio se celebre, pero mientras aquélla debe verificarse por cualquier ciudadano que conozca la existencia de un impedimento, la oposición tan sólo pueden entablarla el Ministerio fiscal y los particulares que tengan interés en impedir el casamiento. La oposición se tramitará por las reglas de los incidentes, y la celebración del matrimonio se suspende hasta tanto haya recaído sentencia firme; este mismo efecto, la suspensión, produce la simple denuncia, que ha de pasarse al Fiscal, quien formulará la oposición, si hubiese fundamento para ello (artículos 97 y 98 del Código civil español).

La oposición infundada, produce la obligación de indemnizar los daños y perjuicios si los impedimentos alegados son declarados falsos por sentencia firme (artículos 99 del Código civil español y 91 del Código civil italiano), además de la responsabilidad penal del que se opone (artículo 657 del Código penal).

Nulidad y anulabilidad del matrimonio.—Tanto en el matrimonio civil (artículo 101), como en el canónico, se produce la nulidad por la existencia de un impedimento indispensable - o dirimente—o de uno dispensable no dispensado o de un defecto formal.

La nulidad producida es de pleno derecho, no convalidable, salvo en

§ 109. — *Efectos del matrimonio: A. Relaciones personales entre cónyuges*

Brugi, *Ist.*, § 80; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 220; Chironi, *Ist.*, II, §§ 386-387; Zachariae *Man.*, III, §§ 440-442; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, §§ 470-472; Planiol, *Traité*, I, números 889 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, § 490.

De los efectos que el matrimonio produce, unos se refieren a las relaciones de los cónyuges entre sí, otros a las relaciones de los hijos con sus padres. De estos últimos hablaremos en el capítulo siguiente al tratar de la filiación. Aquí estudiaremos los efectos que se producen entre los cónyuges y especialmente los propios de la relación personal.

El vínculo que genera el matrimonio y las obligaciones y derechos que de él derivan, si bien participan de la naturaleza de los derechos de familia, difieren también de éstos por sus peculiaridades.

El vínculo no es de parentesco ni de afinidad (1): es un el caso del matrimonio de impúberes expresamente excluido de la nulidad radical si después de llegar a la pubertad legal viven un día juntos los cónyuges o si la mujer concibió antes de la pubertad o antes de la reclamación (art. 83, núm. 1.º, § 2.º).

La nulidad relativa o anulabilidad está determinada por un vicio del consentimiento (art. 101, números 2 y 3 del Código civil español) y el ejercicio de la acción prescribe a los seis meses de descubrirse la causa de anulación o de recobrar la libertad de raptada.

La acción de nulidad puede ejercitarse por el Ministerio fiscal; los cónyuges o el que tenga interés en ella, salvo en los casos de impotencia y vicio del consentimiento que sólo corresponde a los cónyuges y a las personas que tengan interés en la nulidad (art. 102 del Código civil español).

El conocimiento de las causas de nulidad de los matrimonios canónicos está reservado a los Tribunales eclesiásticos (art. 80) y a los ordinarios corresponde el de los civiles (art. 103), la ejecución de las sentencias dictadas por aquéllos (art. 82) y las medidas que derivan de la interposición de la demanda (artículos 81 y 68).

Los efectos de la nulidad han de distinguirse de las medidas originadas por la incoación del juicio, afectando unas y otras a las personas y bienes de los cónyuges e hijos, emitiendo efectos el matrimonio respecto del cónyuge de buena fe y la descendencia (artículos 67 a 72 del Código civil español).

(1) Como afinidad lo consideran los jurisconsultos romanos (Frag. Vat., 302); por esto los doctores de la Edad Media dijeron: *uxor non est affinis sed causa affinitatis*.

vínculo conyugal, una relación más íntima que el parentesco o la afinidad, superior incluso al de la sangre, porque es unión de cuerpos y de almas de donde brota una comunión física, moral y económica. Los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial son aquí especialmente recíprocos porque incumben y corresponden a ambos cónyuges a quienes se estima en situación de paridad, sin que se oponga a ésta el poder marital; tal situación de paridad es templada solamente en algunas relaciones que exigen imprescindiblemente para el buen gobierno de la familia la unificación de poderes y criterios. Tienen un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento de tales deberes; y de aquí la consecuencia que las normas reguladoras de esta relación, aun siendo jurídicas por haber sido acogidas por el Código, acusan su origen en lo tenue de la sanción que frecuentemente es sólo patrimonial, siempre indirecta y, por ello, poco eficaz. Guardar fidelidad, cumplir los deberes de mutua asistencia, de afecto y estimación recíprocos, de convivencia y de cohabitación, etc., son obligaciones cuya observancia depende más de la conciencia que del frío precepto legal. Y no son estos solamente los deberes recíprocos de los cónyuges. Son sí los fundamentales y principales. Cuando el legislador ordenó (artículo 94) que el Alcalde leyese solemnemente a los esposos el texto de los artículos 130, 131 y 132, en los que se alude a los deberes de asistencia, fidelidad y cohabitación, quiso recordarles en una síntesis, los múltiples y variados deberes que el matrimonio genera entre dos personas unidas para toda la vida.

Aunque no es fácil—por la unidad orgánica de la relación—distinguir de modo preciso estas obligaciones y deberes, a los fines didácticos servirá estudiar primeramente los derechos y deberes que tienen carácter de reciprocidad y luego aquéllos que ligan unilateralmente la mujer al marido formando el contenido propio del poder marital.

I.—*Derechos y deberes recíprocos*

a) *Cohabitación*.—Al imponer la obligación recíproca de la cohabitación (art. 130), el Código no quiere restringir la libertad personal de los cónyuges ni limitar a la pura cohabitación la más alta y completa comunión que se manifiesta en la convivencia. Para los efectos de la coerción, sólo el momento material y tangible del cohabitar, puede ser tomado en cuenta por la ley, la cual sería impotente para imponer aquella intimidad de vida que es supuesto de la paz familiar. Tampoco la coerción para forzar a la cohabitación puede ser plena y directa, debiendo eludirse el empleo de la fuerza (1) y recurriendo a las sanciones indirectas y prevalentemente patrimoniales. La obligación es recíproca; no se exime de ella al marido por el hecho de que la ley hable de ella, refiriéndose solamente a la mujer al atribuir a ésta el domicilio de su marido (art. 18) y al imponerle el deber de seguir a éste adonde quiera que fije su residencia (art. 131); ello es consecuencia de ser el marido el jefe o cabeza de la familia (artículo 131) y de ser la casa del marido el domicilio conyugal (2). Pero las sanciones aplicables al marido y a la mujer no son iguales, y ello no obedece a privilegio de los hombres (como superficialmente piensan los feministas), sino el hecho de pesar sobre el marido deberes más graves para con la mujer que exigen medios coercitivos, como es el de eximir de tales deberes al marido de la mujer recalcitrante. Si la mujer abandona el domicilio conyugal sin *justa causa* (y son justas causas no sólo aquéllas que otorgan derecho a pedir la separación personal, como los

(1) Estimado erróneamente admisible por algunos autores; contra ellos véase Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 226, núm. 1. La jurisprudencia es constante en excluir que pueda ser reconducido *manu militari* al domicilio conyugal el cónyuge que lo hubiere abandonado. Ved. Pescatore en *Filosofe e dottrine giur.*, Torino, 1879, II, pág. 429.

(2) Por lo demás, alusiones a tal deber del marido, no faltan en la ley: así el art. 132 al imponer al marido el deber de proteger a su mujer y de «tenerla en su compañía», demuestra precisamente el deber de cohabitación que incumbe al marido.

excesos, sevicias, amenazas e injurias graves, adulterio (artículo 150), sino cualquiera otra que el Magistrado, según su prudente arbitrio, estime tal) (1), e invitada que sea a reintegrarse a él, se niegue, podrá el marido: 1) suspender su obligación de mantenerla y hasta negarle alimentos (art. 133, párr. 1.º); 2) solicitar de la autoridad judicial en provecho propio y de los hijos el secuestro de parte de las rentas de los bienes parafernales (artículo 133, párr. 1.º) 3) instar la separación personal (art. 150), la cual se decretará imputando la culpa a la mujer, con las consecuencias que de ello se derivan (art. 156). Si, por el contrario, el marido abandona la casa conyugal o se niega a recibir a la mujer o a tener a ésta en su compañía, la mujer puede: 1) negar alimentos al marido, conservando ella el derecho a ser alimentada por éste con arreglo a sus disponibilidades (2); 2) instar la separación personal (art. 150), decretándose ésta e imputando la culpa al marido.

b) *Fidelidad*.—La comunión espiritual que debe presidir a todo matrimonio, no puede ser plena si no va acompañada de una perfecta, mutua y exclusiva entrega de los cuerpos; toda relación sexual extraña, contamina al tálamo y constituye una violación del deber de fidelidad (art. 130), y esto, aunque tal relación sea fugaz, aunque se consume con sólo los sentidos, y sin que el alma tome parte en el acto. Desde un punto de vista ideal tampoco puede establecerse diferencia de trato en orden al marido y a la mujer, porque no menos que a ésta incumbe a aquél el deber de abstenerse de todo contacto extraconyugal. Pero la ley no podía pasar por alto la mayor gravedad que para el orden interno de la familia representa el adulterio de la mujer (la cual puede dar a luz hijos engendrados por persona que no sea su marido, atribuyéndoselos a éste), ni la opinión que aprecia en el adulterio de la mujer, un escándalo más grave que en del marido. Así como el Derecho penal exige para penar el adulte-

(1) Ejemplos y sentencias: Venzi en Pacifici, *l. cit.*, VII, pág. 287, n. c.

(2) La ley no contiene una declaración explícita en este sentido, ya que el art. 133 prevé solamente el caso de la mujer culpable, pero de los trabajos preparatorios se deduce que no se quiso negar a la mujer este derecho contra el marido.

rio del marido el concurso de determinadas circunstancias (tener la concubina en el domicilio conyugal o en otro lugar notorio); sin las cuales el marido queda exento de pena (artículos 353 y 357 del Código penal), así también en la esfera civil la sanción impuesta a la infidelidad conyugal, o sea el derecho a demandar la separación personal, se otorga al marido por el solo hecho del adulterio de la mujer, en cambio, no es concedido a ésta más que en el caso de que en el adulterio del marido concurra la circunstancia agravante de tener éste en su casa a la concubina o en otro lugar con notoriedad, o en el de haber cometido el adulterio en tal forma que constituya una injuria grave inferida a la mujer (art. 150).

c) *Asistencia*.—Aquí se puede—ampliando el significado de la expresión del Código—comprender los demás deberes que ligan un cónyuge al otro y no sólo los referentes al auxilio mutuo, a los cuidados que deben prestarse en caso de enfermedad, sino también los que entrañan ayuda moral, afecto mutuo, estimación. Es un conjunto de relaciones en las que se manifiesta esta necesidad suprema de amoldar los actos y los sentimientos al precepto que impone el deber de asistencia y protección recíprocas en las luchas de la vida; estos deberes plasman o se concretan en preceptos jurídicos, penales y civiles: así por ejemplo, la atenuación, agravación o exención de la pena en los delitos cometidos contra un cónyuge o con ocasión de la defensa de un cónyuge (artículos 345, 347, 363, 365, 369, 377, 385 y 433 del Código penal), la incapacidad de un cónyuge para testimoniar contra el otro, o para intervenir como perito en una causa en que esté interesado el otro cónyuge (artículos 236, 254 del Código de procedimiento civil, artículos 247, 398 del Código de procedimiento penal), el derecho de cada cónyuge para ser tutor del otro incapacitado por defecto mental (art. 330 del Código civil), la facultad de oponerse a la adopción que intente el otro cónyuge (art. 198), la de no consentir la introducción del hijo natural reconocido en el domicilio conyugal (art. 183), la suspensión de la prescripción en las relaciones recíprocas (artículo 2.119), la prohibición de hacer donaciones (art. 1.054), al-

gunas presunciones favorables o desfavorables (artículos 773, 1.053, 1.113, etc.); estas y otras disposiciones semejantes se inspiran en el deber de estimación, reverencia, afecto, solidaridad recíprocos que deben presidir el consorcio conyugal y que resultarían gravemente quebrantados, si se aplicasen a los cónyuges, sin derogaciones ni templanzas, las normas de conducta que rigen para los extraños.

II. *Poder marital*.—Como quiera que en toda sociedad precisa una persona a quien incumbe la misión de gobernarla y regirla, así, en la sociedad conyugal hay también precisión de esta persona: la perfecta paridad de derechos y deberes, debe conciliarse con la existencia de un jefe que tenga el poder supremo y pueda imprimir aquella unidad de dirección, sin la cual no hay prosperidad posible. La tradición secular y la naturaleza misma han atribuído este poder al marido. Como el poder no puede corresponder simultáneamente a dos personas, se atribuye al hombre, asignándole el poder marital. Este, como todo poder familiar, no se integra de derechos y facultades, sino más bien de cargas y deberes, porque el marido no lo ejerce en interés propio, sino en el más alto y superior del organismo familiar.

Las manifestaciones más visibles y enérgicas de este poder son, por un lado, la obediencia que la mujer debe al marido, por otro, y en la esfera patrimonial, el poder de administración y en parte también de disposición concedidos al marido en el régimen dotal y en el de comunidad de bienes, así como (ha poco desaparecida) la autorización marital. El deber de obediencia no significa supresión de la voluntad en la mujer, quien participa con su consejo, en el gobierno de la casa, sino acatamiento a la voluntad prevalente del cabeza de familia, cuando en el caso de discrepancia o de conflicto, no hay otra solución que otorgar la prevalencia a la voluntad de aquel sobre quien gravitan mayores responsabilidades. La facultad de administrar los bienes dotales y los de la comunidad, se impone por la necesidad de unificar la gestión económica familiar y de que sea única la facultad de entablar relaciones jurídicas con los terceros; pero el derecho de hacer propios los frutos dotales, está limitado por la

obligación de destinarlos en primer término a las necesidades de la familia (artículos 1.388 y 1.399). En la comunidad, la paridad se manifiesta en el derecho concedido a la mujer de hacer suya la cuota correspondiente de los frutos (art. 1.436). Más intensa era la limitación de los derechos de la mujer, derivada de la autorización marital (artículos 134 y siguientes), en cuya virtud, respectivamente a los bienes no dotales (parafernales) quedaban prohibidos a la mujer los actos de disposición más importantes (enajenación de bienes inmuebles, donaciones, prestación de garantías, etc.), caso de no concurrir el consentimiento del marido. Esta institución fué abolida por la ley de 17 de Julio de 1919, núm. 1.176, que amplió considerablemente la capacidad de la mujer casada o soltera, equiparándola en todo al hombre. Con esto no desapareció, ni era posible que desapareciera el poder marital; se ha restituido a la mujer la plena libertad de disposición de sus bienes personales, en cuanto que éstos no están destinados o vinculados, como ocurre con los de la dote o de la comunidad, a los fines familiares.

Correspondientemente a éstas que no son prerrogativas del sexo y sí exigencias necesarias de la unidad del gobierno doméstico, gravitan sobre el marido múltiples deberes y responsabilidades, porque la potestad marital más que un derecho es un deber, un *munus* que impone obligaciones e implica responsabilidades de orden moral, jurídico y económico. Así como la mujer sigue la condición civil de su marido, toma su apellido (artículo 131), adquiere su nacionalidad (art. 10 de la ley de 13 de Junio de 1912, sobre nacionalidad), su domicilio, así también el marido debe a la mujer protección (art. 132), tutela de su integridad personal, de su honor, aseguramiento de su existencia, procurándole todo cuanto le haga falta en medida proporcionada a sus posibilidades económicas y a su posición social (artículo 132) (1). Ya lo dijimos en otro lugar: la obligación de alimen-

(1) Por consiguiente, de los gastos que la mujer realice y de las obligaciones que contraiga con los terceros en cuanto tengan por objeto la satisfacción de sus propias necesidades o de las de la familia y siempre que se mantenga en los límites de un normal y ordenado presupuesto

tos, por ser debidos éstos al necesitado, es recíproca; a esta obligación se antepone, sin embargo, la de mantener a la mujer y proveer a todas sus necesidades.

En el ejercicio de este poder, los límites son fijados más que por la ley (la cual no hace mención de ellos) por la justa apreciación de los fines, por los cuales tal poder es conferido. Todo abuso debe ser reprimido; pero como sería inconveniente que trascendiesen de las paredes domésticas los disensos o conflictos que dentro de ellas se producen, hay que admitir que para que proceda la intervención de la autoridad judicial, el abuso habrá de manifestarse en la forma extrema de la violencia, de los malos tratamientos, de la injuria grave; la sanción será la que ya vimos de la separación personal del marido.

Puede perderse la potestad marital no sólo por decretar la separación personal que resuelve la obligación de la cohabitación, sino también por efecto de condena criminal (art. 33 del Código penal) (1).

doméstico, responde personalmente el marido. Para aplicaciones jurisprudenciales, véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 286, n. c.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Señalan los artículos 56 y 57 del Código civil las normas que han de presidir las relaciones personales entre los cónyuges. El primero de estos artículos, establece las obligaciones de mutua convivencia, fidelidad y auxilio, y el segundo, un deber para el marido, de protección a su mujer y otro para ésta: de obediencia al marido.

Estos deberes son más éticos que jurídicos para la dificultad de encontrar sanción para ellos. Solamente la falta absoluta a la fidelidad —adulterio o amancebamiento— y la negativa a alimentar un cónyuge al otro, tienen sanción penal y civil, respectivamente. Pero hasta esas negaciones rotundas de los deberes conyugales, hay una extensa gama de infracciones que escapan a la coerción.

En la familia, como en todo organismo social es preciso atribuir el poder rector a un órgano, y nuestro Código lo defiere al marido, el amándose el poder *marital*, el cual es más bien que poder una función encomendada por la ley al marido a quien corresponden los más graves deberes y han de otorgársele también las facultades correlativas.

Manifestaciones concretas de esta función son la facultad de señalar el domicilio conyugal y la representación que ostenta de la mujer (artículos 58 y 60).

§ 110.—B. *Relaciones patrimoniales entre cónyuges.*
Convenciones matrimoniales

Brugi, *Ist.*, § 80; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 692; Chironi, *Ist.*, II, §§ 394 y 396; Zachariae, *Man.*, III, §§ 467-474; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, §§ 497-504; Planiol, *Traité.*, II, números 762 y siguientes, números 776 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 490-491 (1).

Efectos patrimoniales del matrimonio.—No menor importancia que las relaciones personales tienen en la sociedad conyugal las relaciones patrimoniales entre cónyuges; y también en éstas, por razón del interés superior, que prevalece sobre el individual, debe la ley intervenir, disciplinando con normas inderogables el consorcio familiar; el buen régimen económico de la familia es supuesto esencial de la prosperidad de ésta. Pero en lo que se refiere a estas relaciones, se concede a los particulares un margen de libertad, pues no es indispensable (como ocurre en las relaciones personales y con los poderes) imponer una regulación única y uniforme para todos los casos, tanto menos, cuanto que la costumbre, la tradición histórica, el influjo de viejas legislaciones fuerzan a adoptar regímenes diversos.

(1) La literatura monográfica sobre relaciones patrimoniales entre cónyuges, se ocupa de éste o aquél de los distintos y especiales regímenes (dote, comunidad de bienes) o de todos ellos como exposición general del derecho económico matrimonial. Citaremos las obras principales de esta última especie: Troplong, *Traité du contrat de mariage*, 1857; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, 2.^a edición, 1869; Tolleville, *Traité du contrat pécuniaire de mariage et des droits resp. des époux quant aux biens*, 1882; Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, 3.^a edición, 1895; Lefebvre, *Leçons d'introd. à l'histoire du droit matrimonial français*, 1899; *Le droit des gens mariés*, 1906; Lecourtois et Surville, *Du contrat de mariage*, 3.^a edición, 1906; Behagel, *Der Ehevertrag*, 1871; Schröder, *Geschichte des ehelichen Güterrechts*, 1863-74, *Eheliches Güterrecht*, 3.^a edición, 1901; Neubaner, *Das in Deutschland geltende eheliche Güterrecht*, 2.^a edición, 1889; Paoli, *Del matrimonio rispetto ai beni*, Torino, 1887; Bianchi, *Tratatto dei rapporti patrimoniali dei coniugi*, Pisa, 1888; *Del contratto di matrimonio*, 2.^a edición, Nápoles, 1914 (en la colección *Il. dir. civ. it. de Fiore*); De Pirro, *I rapporti patrimoniali fra coniugi* (en *Riv. dir. civ.*, 1913, páginas 289 y siguientes).

Ya se vió, y se verá más adelante al hablar de las instituciones en particular, que el matrimonio influye en las relaciones patrimoniales de los cónyuges, limitando su libre disposición, generando títulos de adquisición o produciendo desviaciones de las normas que regulan las relaciones entre extraños. La donación, que entre extraños y parientes es permitida, se prohíbe entre cónyuges (art. 1.054); la sucesión *ab intestato* se abre en favor del cónyuge supérstite, aun concurriendo éste con otros más próximos parientes del difunto (artículos 753 y siguientes); y en la sucesión testamentaria le es asegurada una cuota de reserva, aun contra la voluntad del testador (artículos 312 y siguientes); hasta fecha reciente afectaba a la capacidad de la mujer una limitación importante: la de la autorización marital (artículos 134 y siguientes, abolidos); en materia de prescripción, el matrimonio constituye una causa especial de suspensión de aquélla (artículo 2.119), etc. Pero no debemos ocuparnos ahora de estos preceptos legales especiales y sí del régimen patrimonial, o sea, del ordenamiento jurídico a que parcial o totalmente se hallan sometidos los bienes de los cónyuges. Y como por principio general ambos deben concurrir, proporcionalmente a sus disponibilidades, a los gastos de manutención, educación e instrucción de la prole, y como al marido incumbe la obligación de mantener a la mujer, y sobre ambos cónyuges pesa el deber de asistencia mutua y de alimentos en caso de necesidad, cada uno de estos derechos y deberes puede adoptar modalidades diversas, distribuyéndose las cargas de modo distinto, según el régimen patrimonial vigente.

Los distintos regímenes patrimoniales.—El sistema acogido por el legislador italiano en esta materia es el de conceder libertad a los esposos para establecer el régimen que prefieran y de darse ellos mismos las normas que estimen más idóneas para proteger el superior interés familiar. Pero este régimen no puede ser uno cualquiera, creado arbitrariamente, sino que ha de ser elegido precisamente entre aquellos que la ley admite o ser producto de la combinación de éstos; y dentro del régimen elegido se consienten modificaciones al tipo legal, en tanto no se opon-

gan a preceptos imperativos que la ley oportunamente contiene, y que son límites a la autonomía de los cónyuges.

En esto, el concepto que inspira nuestro sistema es semejante al del Código francés. Sin embargo, hay diferencias profundas entre la legislación francesa y la italiana, la cual última se ha separado mucho en esta materia de su modelo, conformándose con la tradición histórica y con los usos prevalentes en nuestro país.

El Derecho vigente en Francia antes de la codificación napoleónica se caracterizaba por la distinción entre países de Derecho escrito, en los que, por imperar el Derecho romano, era conocido y aplicado el régimen dotal, y países de Derecho consuetudinario, regidos por las *Coutumes*, donde se aplicaba el régimen de la comunidad de bienes importado del Derecho germánico; en éste se hacían comunes los bienes de ambos cónyuges, las adquisiciones verificadas durante el matrimonio, los frutos y productos, excluyéndose los inmuebles que originariamente pertenecieran privativamente a los cónyuges o fueran posteriormente adquiridos por éstos a título gratuito. Al lado de uno y otro régimen (que podían ser modificados, en parte, por convención de los cónyuges), había otro que resultaba de la exclusión convencional de los anteriores: el régimen de separación, en cuya virtud cada cónyuge continuaba siendo propietario exclusivo de sus bienes y libre para administrarlos y disponer de ellos. A falta de convención nupcial, el régimen legal en los países de *Coutumes* era el de comunidad, que es el más normal y difundido.

La legislación napoleónica, unificando el Derecho en las regiones del Norte y del Sur, estableció como régimen normal el de la comunidad, que, en defecto de otro elegido expresamente, por los cónyuges, era el régimen legal (art. 1.400 del Código francés), y consistía en hacer comunes todos los bienes muebles poseídos en el momento de celebrarse el matrimonio, así como sus frutos, rentas e intereses de toda especie y los inmuebles adquiridos durante el matrimonio (art. 1.401). Admitía, sin embargo, la posibilidad de modificar este régimen mediante la convención, limitándolo (restringiéndolo a las adquisiciones sola-

mente y excluyendo de él los bienes muebles) o extendiéndolo (habiéndolo universal) (art. 1.497).

Permitía también el que dicho régimen pudiera ser excluido (artículo 1.529) expresamente, conviniendo que no hubiese comunidad alguna entre los cónyuges o implícitamente, eligiendo el régimen dotal (artículos 1.530 y siguientes) o pactando la separación de bienes (artículos 1.536 y siguientes).

Distinta es la posición adoptada por el Código italiano. Como entre nosotros prevaleció el régimen dotal, consagrado por la tradición secular romanística y no abolido por el Derecho germánico, y como sólo en alguna región era conocida y practicada la comunidad (ejemplo, Cerdeña y Sicilia), la dote constituyó el régimen normal, por responder mejor al espíritu del pueblo y ser el más difundido. A regular este régimen conságrase la mayor parte de las normas relativas a las capitulaciones matrimoniales (artículos 1.388-1.424). Sin embargo, no podía erigirse en sistema legal, porque por su naturaleza precisa de una convención que lo establezca; como en el Derecho romano, también en el nuestro puede haber matrimonio sin dote.

Al lado del régimen dotal, el Código admite también el de la comunidad, aunque éste, por su más limitada aplicación, tiene una importancia secundaria (artículos 1.433-1.446). Sin embargo, no toda comunidad es admitida, como ocurre en el sistema francés, sino solamente la de las utilidades correspondiente a uno de los tipos admitidos por la legislación francesa, y quedando excluida, no solamente la comunidad universal de bienes presentes y futuros, muebles e inmuebles, sino también aquel tipo que, según el Código napoleónico, constituye el régimen legal. También éste, a semejanza del régimen dotal (diversamente de lo que ocurre en la ley francesa) es un régimen eminentemente convencional, ya que sólo es establecido cuando los esposos optan expresamente por él.

Por regla general, será elegido uno u otro de los dichos regímenes; sin embargo, la ley permite que puedan combinarse uno y otro y que se hagan comunes los frutos, aunque haya en el matrimonio una constitución de dote (art. 1.433). La dote, en

efecto, no absorbe todos los bienes que la mujer aporta al matrimonio, sino solamente aquellos que la mujer o el tercero haya querido destinar a integrar la dote.

Resulta por exclusión que el sistema propiamente legal es el de separación. Cuando falta la convención de las partes rige el principio, según el cual a cada uno de los esposos corresponde la propiedad plena e ilimitada y la libre administración de sus bienes, salvo la común obligación de contribuir a los gastos que origina la prole (art. 138) y la limitación que para la mujer representaba la autorización marital hasta que ésta fué abolida. Pero el régimen de separación puede ser absoluto y total o parcial; en efecto, este régimen puede coexistir con la comunidad y con el régimen dotal, de modo que comprenda los bienes de la mujer que no se hubieren hecho comunes ni hubieren sido aportados como dotes. A éstos se les da con preferencia el nombre de bienes parafernales (art. 1.425), porque etimológicamente paraferna (*παράφρενα* de *παρά φρενι*) significa el conjunto de bienes que figura al lado de la dote, o sea, fuera de ella (bienes extradotales). Sin embargo, en el lenguaje usual se designan con este nombre los bienes que son de libre disposición de la mujer, aun cuando falte la constitución de dote. Las escasas normas que el Código tiene en orden a estos bienes (artículos 1.426-1.429) constituyen toda la regulación jurídica del régimen de separación, al cual se aplican los principios generales que rigen para las personas, las cosas y los actos jurídicos distintos del matrimonio (1).

(1) Como se desprende de la breve exposición del texto, el sistema de nuestra ley no representa la ideal ordenación patrimonial de la familia. Nuestro legislador, sin declararlo expresamente y quizás sin sentirlo admite que el régimen mejor es el de separación de bienes en cuanto que lo declara legalmente aplicable en defecto de pacto expreso, en el que se opte por uno de los otros dos sistemas. Desde un punto de vista ideal es preferible el de la comunidad, que en todos sus aspectos es más conforme a la intrínseca naturaleza del consorcio conyugal. Si el régimen de separación como sistema legal derivaba por una necesidad lógica e histórica de la preferencia que en nuestro país se ha dado siempre al régimen dotal, y de la escasa difusión de la comunidad, resultó muy temperado por la institución de la autorización marital que tendía a dar unidad de

Así, pues, todos los sistemas con arreglo a los cuales puede organizarse patrimonialmente la vida de los cónyuges en Derecho italiano se reducen a los tres tipos fundamentales siguientes:

I. *Régimen convencional*.—Puede adoptar dos formas, a más de las que pueden resultar de combinar éstas entre sí o con el régimen legal, a saber:

- 1) Régimen dotal.
- 2) Régimen de comunidad de las utilidades.

II. *Régimen legal*.—Que rige en defecto de convención matrimonial y cuando, en caso anormal, se pretende hacer cesar el régimen convencional, y lo constituye:

- 3) El régimen de separación de bienes.

Lo examinaremos por este orden. Pero como nuestro Código, a imitación del francés, contiene preceptos generales aplicables a las convenciones matrimoniales, conviene estudiar primeramente estas normas.

Convenciones matrimoniales.—El art. 378 sienta el principio general, según el cual la sociedad conyugal, relativamente a los bienes, está regulada por la convención de las partes y por la ley. La copulativa «y» sirve a expresar la idea de que, aun manifestándose la voluntad de las partes, impera la ley, con sus límites inderogables (1).

La convención matrimonial (contrato de matrimonio o ins-
dirección a las fuerzas patrimoniales del consorcio familiar. Al abolir esta institución sin sustituirla por otras providencias legislativas, se dió a mi juicio un paso en falso que no contribuyó ciertamente a reforzar la base de la familia.

(1) El otro concepto, según el cual la regulación patrimonial se establece en primer término por las convenciones y en defecto de éstas por la ley, o con otras palabras, que el régimen dotal ejerce una función supletoria, no está expresamente declarado en el artículo sino que se deduce implícitamente del sistema aceptado. El artículo correspondiente del Código francés expresa ambos conceptos (art. 1.387) al declarar que «la ley no regula la sociedad conyugal en orden a los bienes si no ven defecto de convenciones especiales, de las cuales pueden pactar los esposos la forma que estimen más conveniente, siempre que no se oponga a las buenas costumbres y se observen además los siguientes preceptos».

trumento nupcial) (1), no debe ser considerado como un contrato ni puede equipararse a los demás negocios que tienen un contenido patrimonial y persiguen fines meramente individuales. El fin, aun tratándose, en nuestro caso, de una regulación patrimonial, supera los fines egoísticos de quien celebra un contrato ordinario, trasciende de la esfera individual, es más elevado; se refiere a la familia, como organismo ético-social, y consiste en fomentar, y asegurar la prosperidad económica del consorcio familiar. Al proteger este fin superior y el consorcio familiar como organismo unitario, se protegerán también los derechos de los cónyuges; pero, frecuentemente, el sacrificio de éstos es condición indispensable para la más plena protección de aquél.

No diré yo, como suele decirse, que la convención matrimonial es un contrato por el que los esposos determinan los derechos que deben corresponderles como cónyuges, sino que con este contrato los futuros cónyuges o los padres y ascendientes o cualquiera otra persona que intervenga para hacer donaciones, asignaciones, etc., establecen por toda la duración del matrimonio la regulación patrimonial de la futura familia. De aquí la necesidad de las limitaciones que la ley fija; de aquí la conveniencia de la prescripción de formas solemnes que debe revestir el acto, y de la publicidad a que el mismo debe sujetarse para proteger a los terceros que mantengan relaciones jurídicas con la familia. Tampoco respecto a la capacidad de celebrar este contrato podían regir las normas concernientes a la capacidad para la contratación ordinaria, ya que por un lado no podía negarse a los menores capaces de contraer matrimonio la facultad de regularlo patrimonialmente, y por otro procedía exigir la intervención y el asenso de aquellas personas (parientes o extraños) que tienen interés en asegurar una ordenada estructuración a la futura familia.

Las normas especiales se refieren, por tanto, a la capacidad

(1) Estas expresiones son equivalentes; el propio legislador usa indistintamente las locuciones *convención matrimonial* y *contrato matrimonial* en esta acepción la última locución es técnicamente exacta y no puede confundirse con el matrimonio que, como ya vimos, no es un contrato.

de las personas, al contenido, a la forma y al tiempo de la estipulación.

a) *Capacidad de los contrayentes.*—Un antiguo aforismo enseña *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*. Aplicado a la capacidad por edad, como quiera que la edad exigida para matrimoniar es inferior a la mayor edad, debía reconocerse a quien es capaz de consentir en las nupcias, la capacidad de regular las relaciones patrimoniales del matrimonio; así, pues, el menor de veintiún años, aunque incapaz de contratar, puede consentir en todas las estipulaciones y donaciones que se hagan en el contrato matrimonial (art. 1.386) con tal que haya cumplido la edad mínima requerida para contraer matrimonio en el momento en que contrata (dieciocho y quince años para el hombre y la mujer, respectivamente, y en caso de dispensa la más baja del art. 68). Es, sin embargo, necesario para la validez de las convenciones, que el menor esté asistido por las personas (padres, ascendientes, tutor) cuyo consentimiento es indispensable para la validez del matrimonio (art. 1.386); estas personas deben intervenir personalmente en el acto o hacerse representar por un mandatario especial provisto de mandato consignado en documento auténtico y consentir tales pactos (1).

De la incapacidad derivada de enfermedad mental o de interdicción nada dice la ley, pero es inconcebible la celebración de un contrato matrimonial de bienes por quien no tiene capacidad para contraer matrimonio. El Código contiene, en cambio, un precepto especial relativo al inhabilitado que tiene capacidad de contraer matrimonio; en tal caso precisa otorgarle un curador especial que deberá asistirle a este fin, no bastando la cooperación del curador ordinario que le asiste en los demás actos. La

(1) Ha sido objeto de viva discusión el problema de si puede convalidarse mediante ejecución voluntaria durante el matrimonio por la mujer que ha alcanzado la mayor edad, la constitución de dote con los propios bienes hecha siendo menor de edad y sin la prescrita asistencia. Prevalce entre los autores la opinión contraria a la convalidación, admiten éstas, en cambio, algunas sentencias. Scialoja en *Foro it.*, 1910, I, página 18.

misma norma es aplicable a aquel contra quien solamente se hubiese promovido el juicio de inhabilitación (art. 1.387).

b) *Tiempo*.—Toda convención nupcial afecta necesariamente a un matrimonio futuro; debe, pues, tener lugar anteriormente al matrimonio (art. 1.382) y una vez estipulada, no puede modificarse si el matrimonio se hubiere celebrado (art. 1.385). Quiere, en efecto, la ley que antes de comenzar la vida de la nueva familia se fije su condición patrimonial, que interesa no sólo a los cónyuges, si que también a la futura prole y hasta a los terceros que mantengan relaciones jurídicas con la familia. Si precisa hacer modificaciones deben verificarse antes del matrimonio (art. 1.383, párr. 1.º), porque después de celebrado rige el principio de la invariabilidad absoluta de las convenciones.

c) *Invariabilidad de las convenciones*.—Este principio es consagrado por la ley en dos formas. Es un principio absoluto y riguroso cuando se refiere a modificaciones posteriores a la celebración del matrimonio. Las convenciones matrimoniales de cualquier especie no pueden en modo alguno modificarse después de celebrado el matrimonio (art. 1.385), cualquiera que sea el régimen patrimonial elegido y el contenido del contrato matrimonial y por leves que sean las modificaciones pretendidas (1). No sería, por ejemplo, posible sustituir el régimen dotal por el de comunidad, el convencional por el dotal de separación, ni añadir o detraer bienes de la dote o cambiar un pacto accesorio o secundario. La razón que justifica esta prohibición hay que buscarla no sólo en el peligro a que de otro modo se expondría a la familia por las seducciones, abusos, constreñimientos que un cónyuge podría ejercer en el otro, sino también en la estabilidad patrimonial que debe tener el grupo familiar. Es esto un reflejo de lo que constituye la característica del matrimonio, la perpetuidad e indisolubilidad del vínculo; así como en las relaciones personales y familiares el consentimiento de los esposos, una vez prestado, es irrevocable, también tiene este carácter el

(1) Es claro que la prohibición no afecta a los padres que ocasionalmente comprende el contrato nupcial y que son extrañas al régimen de la sociedad conyugal

consentimiento prestado para la regulación patrimonial del grupo familiar. Y no poco influye también en esta irrevocabilidad la protección debida a los terceros a quienes interesa conocer la condición de cada uno de los cónyuges y la estructuración patrimonial de la familia. Puede ocurrir por obra de extraños un cambio en el patrimonio de cada cónyuge o en el familiar; así, por ejemplo, en el régimen dotal se admite la constitución de dote o el aumento de ésta durante el matrimonio (art. 1.391); pero éstas son alteraciones no provocadas por los cónyuges y constituyen una mejora, no un empeoramiento de su condición patrimonial.

En otro aspecto debe entenderse también relativamente el principio de la invariabilidad. Si se permiten las alteraciones antes de celebrarse el matrimonio, estas alteraciones no pueden tener eficacia si se hacen en forma distinta de la que reviste la convención originaria; con otras palabras no pueden hacerse en forma distinta del documento público (art. 1.383, párrafo 1.º), ni son tampoco válidas si no intervienen y prestan su consentimiento las personas todas que fueron parte en el contrato de matrimonio (art. 1.383). Partes son además de los esposos todos los que deben asistir a éstos y consentir en las convenciones matrimoniales. Así en exigir su intervención y consentimiento en el nuevo acto, se asegura por la ley una mayor utilidad en la variación del contrato que se supone fué ampliamente discutido y meditadas todas sus cláusulas por los interesados.

La ley señala una última restricción, que se refiere especialmente a los terceros. Así como éstos, con los medios de publicidad prescritos, son informados del contenido de la convención originaria, deben serlo también de las modificaciones que en dicha convención se introduzcan. Y no solamente debe informarse a los terceros de estas modificaciones, sino también de los pactos celebrados privativamente entre las partes, derogatorios de la convención nupcial y llamados contradecларaciones (1).

(1) Se ha objetado por algunos que las contradecларaciones en cuanto que contienen acuerdos o pactos diversos o incluso la confesión de simulación de los pactos consignados en el instrumento público, no pue-

Modificaciones y contradecларaciones quedan sin efecto respecto a los terceros (análogamente a lo prescrito por el art. 1.339) si no son transcritas al margen o al pie del documento original del contrato matrimonial y de las copias remitidas al Archivo público y a la oficina de transcripción (art. 1.384).

d) *Forma.*—La forma prescrita para el contrato matrimonial, cualquiera que sea su contenido, es el documento público notarial (art. 1.382). Y esto, tanto por lo que se refiere a la convención originaria como por lo que concierne a las modificaciones sucesivas, con tal de que éstas sean anteriores a la celebración del matrimonio (art. 1.383). La forma es exigida *ad substantiam*, o sea como requisito esencial del acto, de modo que si se omite, el acto es nulo, y la consecuencia será el regir entre los cónyuges el sistema de separación en vez del por ellos elegido. Pero no basta el documento público, se exige también la publicidad especial de la transcripción. Esta afecta solamente a los terceros (art. 1.942); según las normas del Código, es voluntaria y se discute si es utilizable en todo caso; así, por ejemplo, se discutió si era o no transcribible la constitución de dote que la mujer se hace a sí misma. Después de haberse promulgado las leyes de 1916 y 1918 que han hecho obligatoria la transcripción y enumerado entre los actos transcribibles la constitución de dote sobre inmuebles de la mujer y la estipulación del régimen de comunidad conyugal, cualquier duda es injustificada.

Mayores garantías de publicidad se agregan cuando uno de los cónyuges es comerciante. El contrato de matrimonio debe

den ser públicas; por esto debe suponerse por un lado que son consignadas en documento privado y por otro que el ordenar su anotación al margen del instrumento nupcial, equivale en esencia a prohibirlas. Creemos nosotros que son válidas aunque se consignen en documento privado y que es excesiva también la segunda conclusión. El precepto legal responde a la necesidad de proteger a los terceros; contra éstos las contradecларaciones son ineficaces si no son anotadas al margen o al pie del expresado documento. Los terceros tienen interés en conocer exactamente la situación patrimonial de los cónyuges y pueden desconocer la contradecларación no anotada, aun cuando esta prueba que en el instrumento nupcial hubieron simulaciones. Véase Venzi en Pacifici, *Ins.*, VI, pág. 781, n. c.

remitirse en extracto y dentro del término de un mes contado desde su fecha, a la cancillería del Tribunal en cuyo territorio tenga abierto el comerciante su establecimiento, para que sea transcrito en los registros correspondientes y anunciado debidamente, consignándose en la transcripción o anuncio si hubo constitución dotal o régimen de comunidad (art. 16 del Código de Comercio); está obligado a verificar esta remisión el Notario autorizante (art. 17 del Código de Comercio) o el propio cónyuge que luego de haber contraído matrimonio ejerza el comercio (artículo 18 del Código de Comercio). Para proteger la buena fe que debe imperar en el comercio, dicha publicidad se impone aun cuando no siendo comerciante ninguno de los cónyuges lo sea el ascendiente que esté obligado a restituir la dote y los créditos dotales a la mujer del descendiente (art. 20 del Código de Comercio).

e) *Contenido y limitaciones.*—El contenido puede ser muy vario por virtud de la libertad concedida a los cónyuges de elegir el régimen más conveniente y de la intervención de los terceros que donan o hacen asignaciones con ocasión del matrimonio. También puede contener el contrato nupcial estipulaciones que no guarden relación íntima con el matrimonio. Pero hay limitaciones que son verdaderas prohibiciones. Una primera limitación es (art. 1.397) la que prohíbe los pactos opuestos a las buenas costumbres, al orden público y en general a los preceptos prohibitivos contenidos en el Código civil (1) e impide que se altere el orden familiar que la ley fija de modo uniforme para todos: los esposos no pueden suprimir los derechos que corresponden al cabeza de familia (patria potestad, poder marital, derecho a administrar los bienes dotales o los de la comunidad, etcétera), ni los derechos que por la ley son atribuidos a uno u otro cónyuge (por ejemplo, derecho de alimentos, facultad de pedir la separación personal o de la dote, etc.). Otra limitación constituye (art. 1.380) la prohibición de celebrar convenciones o de hacer renunciaciones que tiendan a alterar el orden legal de las

(1) Una abundante ejemplificación en Zachariae-Crome, *Tratt. dir. civ.*, III § 474, páginas 210 y siguientes.

sucesiones; precepto que se explica recordando la frecuencia de las renunciaciones de la mujer a la sucesión, válidas según la legislación anterior y hoy absolutamente prohibidas (art. 1.118). Finalmente está prohibido el pacto de que el matrimonio que se ha de celebrar se rija por costumbres locales o por leyes a las que los esposos no se hallen sujetos (art. 1.381); es decir, por leyes distintas de aquellas que según el principio de la nacionalidad y las demás normas del Derecho internacional privado les obligan (I).

NOTA DEL TRADUCTOR. — El sistema español común de relaciones patrimoniales entre cónyuges, hállase establecido en el art. 1.315 del Código civil en desarrollo de la base 22, de la ley de 11 de Mayo de 1888, modificándola en un punto, del que debe prescindirse, ya que la jurisprudencia no concede en la actualidad fuerza obligatoria a esta ley. Los que se unan en matrimonio, podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros sin otras limitaciones que las señaladas en este Código. A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales. «La base 22 de la ley, establecía además este régimen supletorio para cuando fuera deficiente» el contrato sobre bienes.

El maestro Clemente de Diego, sintetizando la característica del Código dice que sanciona un sistema puramente formal, que consiste en tomar la libertad de estipulación como base contractual y preferente y el de los gananciales como régimen legal presunto y subsidiario con carácter tan sólo de presunción *juris tantum* (Curso elemental de Derecho civil español, común y foral. Madrid. Suárez, 1920, tomo VI, pág. 114).

El sistema de gananciales no es, sin embargo, el único régimen supletorio que la ley en defecto de otro principal, por ellos pactado, impone a los cónyuges. El art. 1.364 del Código civil establece como supletorio de segundo grado, el régimen dotal, al decir: «Cuando los cónyuges, en virtud de lo establecido en el art. 1.315, hubiesen pactado que no regirán entre ellos la sociedad de gananciales sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren a dicha sociedad, se observará lo dispuesto en el presente capítulo, y percibirá el marido, cumpliendo las obligaciones que en él se determinan, todos los frutos que se reputarían gananciales en el caso de existir aquella sociedad». Y aun otro sistema, más propiamente que supletorio «excepcional», establece la ley, como hace notar muy certeramente el Profesor Castán («Derecho civil español, común y foral», tomo II, pág. 166. Madrid. Editorial Reus, 1927). En la hipótesis del matrimonio contraído contra las prohibiciones del art. 45 del Código, impone el art. 50 a los contrayentes el régimen de separación de bienes. «Se trata, pues, en este caso, de un régimen legal excepcional, no supletorio, sino forzoso, pues se lo impone la ley aun contra la voluntad de las partes».

§ III.—B. *Relaciones patrimoniales entre cónyuges*
Régimen dotal

Brugi, *Ist.*, § 80 a; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 710; Chironi, *Ist.*, II, §§ 398-402, 404-405; Zachariae, *Man.*, III, §§ 503-510; Aubry y Rau, *Cours.*, VIII, §§ 533-540; Planol *Traité*, II, números 846 y siguientes, 1.463 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II; 2, §§ 492-506 (1).

El régimen dotal se caracteriza por la aportación por la mujer de bienes destinados perpetuamente a la familia como concurso al levantamiento de sus cargas (*ad sustinenda onera matrimonii*), y, por tanto, vinculados (inalienables, imprescriptibles, inexpropiables) al matrimonio mientras éste subsiste. *Ibi dos esse debet ubi onera matrimonii sunt*, escribió Paulo (2). Podrían también hoy repetirse las palabras del mismo Paulo con que comienza el tratado del Digesto *de iure dotium*, si bien dicho juriconsulto les diera un alcance bien distinto del que hoy tienen: *Dotis causa perpetua est et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut apud maritum sit* (3). Estos caracteres de destino perpetuo,

(1) Obras referentes a la dote en Derecho romano: Hasse, *Das Güterrecht der Ehegatten nach röm. Recht*, 1824; Tigerström, *Das röm. Dotalrecht*, 1831-1882; Bechmann, *Das röm. Dotalrecht*, 1863-67; Czyhlarz, *Das röm. Dotalrecht*, 1870; Sternberg, *Lehre von der Restitution der Dos nach aufgelöster, Ehe*, 1889; Petroni, *La funzione della dote romana*, Nápoles, 1897; Solarzi, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899; Gradenwitz, *Zur Natur der Dos* (en *Melanges Girardin*, 1907, páginas 283 y siguientes). - En Derecho moderno: Benoist, *Traité de la dot*, Grenoble, 1829; Tessier, *Traité de la dot*, Bordeaux, 1836, *Questions sur la dot*, Bordeaux, 1852; Marcel, *Du régime dotal et de la nécessité d'une réforme*, Paris, 1841; Seriziat, *Traité du régime dotal*, Lyon, 1843; Ginouilhac, *Histoire du régime dotal et communanté en France*, 1843; Bellot des Minières, *Régime dotal et communanté d'acquêts*, Bordeaux, 1853; Jouiton *Etude sur le système du régime dotal*, 1882-88; Dépinay, *Le régime dotal*, Paris, 1903; Galluppi, *La dote secondo il dir. civ. italiano*, Turín, 1876; Paoli, *Dota, beni parafernali comunione tra coniugi*, Génova, 1877; Bianchi, *Em. contratto di matrimonio*, Nápoles, 1892; Dallari, *L'istituto giuridico della dote* (en *Enc. Giur.*). En el aspecto histórico: Ercole, *Il dir. dotal nella legisl. statutaria* (*Riv. it.*).

(2) Fr. 56, § 1, D. 23, 3.

(3) Fr. 1, D. 23, 3.

de vinculación, propios de los bienes dotales, son los predominantes e inspiradores de la mayor parte de las normas legales. Por esto, el régimen dotal se distingue del de separación, en el cual los bienes quedan libres, sin estar sujetos a un destino específico y del de comunidad, en el cual se forma un patrimonio común (más o menos amplio, según el tipo adoptado); en el dotal nada se hace común: los bienes dotales continúan siendo propiedad de la mujer, y el marido adquiere los frutos de estos bienes.

Examinando analíticamente el objeto de la dote, el modo de constituirlos los poderes conferidos al marido, la obligación de restituir y el tiempo en que debe hacerse la restitución, podrá comprenderse plenamente la disciplina toda de esta institución, que tradicionalmente ha alcanzado en Italia una gran difusión y en nuestro Derecho una grande importancia.

a) *Objeto*.—Dote es todo bien o conjunto de bienes o de derechos procedentes de la mujer o de otras personas en consideración a la mujer, entregado al marido con ocasión del matrimonio y como contribución al sostenimiento de las cargas de éste. La finalidad *ad ferenda oneri matrimonii* es tan esencial e inmanente, que no se concebiría una dote sin este fin (1); el Código alude a él en el art. 1.388: «La dote consiste en los bienes que la mujer u otras personas en consideración a ella entrega expresamente con este título (2) al marido para contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Las cargas no son solamente aquellas derivadas de la prole, porque, aun siendo estéril el matrimonio, implica gastos y dispendios y necesita de una base financiera.

Puede aportarse como dote un patrimonio entero o una parte o una cosa o varias cosas ciertas y determinadas. Cuando la aportación se haga por la mujer, puede comprender no sólo el patrimonio presente, sino también el futuro, o uno u otro sepa-

(1) Véase Trifonino en fr. 76, D. 23, 3, refiriéndose a la dote prometida para el tiempo en que la mujer haya muerto ya, *quia ni si matrimonii oneribus serviat dos nulla est*.

(2) Sobre estas expresiones véase más adelante.

radamente (art. 1.389). Aquí el legislador añade una norma interpretativa, encaminada a evitar la incertidumbre que entrañan las cláusulas alusivas a todos los bienes; si la constitución dotal expresa en términos generales que se aportan como dote todos los bienes de la mujer, hay que entender que la dote se integra de bienes presentes, excluyéndose los futuros; para que éstos se reputen comprendidos en la dote precisa una explícita declaración. *Bienes futuros* son todos aquellos sobre los cuales, en el momento de la convención, no tiene la mujer derecho alguno, y tienen la condición de futuros tanto las adquisiciones procedentes de liberalidades, cuanto los frutos o productos del trabajo o de la actividad industrial o mercantil de la mujer. Si se hace a la mujer una liberalidad con la condición de que los bienes donados no sean dotales, tales bienes serán parafernales, aunque en el contrato matrimonial se declaren dotales los bienes futuros; por el contrario, puede ocurrir, y es muy frecuente, que, sin haberse pactado la condición dotal de los bienes futuros, la dote se constituya con liberalidades posteriores del tercero, si éste dona bienes a la mujer ajena con la condición de que ésta los aporte al matrimonio como dote. La diversidad de soluciones deriva de la libertad reconocida al tercero para incluir o excluir de la vinculación dotal los bienes que dona o lega en el momento de hacer la liberalidad o legado y del poder conferido a este tercero de constituir o aumentar la dote durante el matrimonio, poder que no tienen los cónyuges, a quienes está prohibido constituir o aumentar la dote después de haber contraído aquél (art. 1.391) por el principio de la invariabilidad de las capitulaciones matrimoniales. Este principio, que implica para los cónyuges la imposibilidad legal de añadir o de traer bienes a la dote una vez constituida, es respetado cuando se aportan como dote los bienes futuros, ya que el aumento dotal fué previsto y querido en su origen, pudiéndose decir que la dote, en este caso, se halla potencialmente constituida por las citadas causas de adquisición, sin que sobre ellas ejerza ya influjo alguno la voluntad de los cónyuges.

También pueden ser aportadas como dote cosas singulares de

cualquiera especie, con tal de que estén en el comercio; por consiguiente, pueden ser objeto de dote: los bienes muebles o inmuebles; las cosas ciertas, determinadas y fungibles; cosas consumibles e inconsumibles, derechos reales y de obligación y hasta las renunciaciones a un crédito o a un derecho, siempre que de estas cosas, derechos o renunciaciones derive un incremento al patrimonio de la mujer, al del marido o una ventaja económica a la nueva familia.

La naturaleza jurídica de las cosas, y en particular su fungibilidad o consumibilidad, infungibilidad o inconsumibilidad, que en abstracto son indiferentes, adquieren relieve cuando se atiende al doble momento del poder de goce otorgado al marido y de la obligación de restitución que al mismo incumbe. Los poderes que sobre la dote corresponde al marido son el de administración y de apropiación y disponibilidad de los frutos; la obligación de restitución es consecuencia natural y necesaria del derecho limitado del marido y de la cesación del fin dotal cuando el matrimonio se disuelve o anula. Ahora bien, si en orden a las cosas consumibles—la mayor parte de éstas son las consistentes en cantidades (fungibles)—no es posible el goce sin consumirlas, el principio habrá de sufrir una desviación análoga a la que representa el cuasi usufructo; tales cosas pasan a ser propiedad del marido, y su restitución se efectúa mediante el pago de una cantidad igual o de una suma de dinero equivalente. Este mismo efecto puede producirse por la estimación que de las cosas dotales se haga en el momento de la constitución. En nuestro Derecho, como en el romano, a la dación o promesa de dote puede acompañar la estimación, y ésta puede responder a dos diferentes finalidades: o a la de determinar el valor de la cosa para tener un criterio valorativo en el momento de la restitución y para determinar el importe de la dote y la responsabilidad eventual del marido en los casos de perecimiento o deterioro de la cosa (estimación *taxationis causa*), o a la de transmutar en una suma de dinero el conjunto dotal, considerándose éste como vendido al marido (estimación *venditionis causa*) (1). La voluntad de las

(1) Sin embargo, ya en Derecho romano se reconoció que la *æstimmatio venditionis causa* no puede identificarse con una venta verdadera y

partes es la decisiva respecto a la existencia de una u otra finalidad. La ley sienta, sin embargo, a tal respecto una doble presunción, originada en la tradición histórica y en el Derecho común, y relacionada con la distinción entre muebles o inmuebles; si la cosa es mueble, la estimación se presume hecha *venditionis causa*; si es inmueble, se presume tasada *taxationis causa* (1).

Nuestro Código distingue dos especies de dote:

α) *Dote de cantidad*. — En ella las cosas se consideran, no en su individualidad, sino como valores, o sea, reducidas a un equivalente pecuniario. Tal es, en primer término, la consistente en dinero, créditos o cosas consumibles. También lo es la consistente en cosas muebles estimadas; la estimación, como se presume hecha *venditionis causa*, convierte al marido en propietario de los bienes dotales y deudor del precio por que fueron tasados (artículo 1.401); pero esta presunción puede ser destruída si en el contrato se declara que la estimación no produce una venta y que es hecha *taxationis causa* (art. 1.481). Finalmente, es también dote de cantidad la constituída sobre inmuebles estimados cuando se declara de un modo expreso que la estimación es hecha *venditionis causa*, porque sin esta declaración actuaría la presunción contraria (art. 1.402).

β) *Dote de especie*. — Hay esta clase de dote cuando consiste en cosas determinadas, consideradas en su individualidad, excluyéndose su subrogación por el precio; esto se verifica siempre que falte la estimación o aun cuando no faltare, siempre que se trate de inmuebles, y cuando, tratándose de muebles, haya estimación a la que las partes le hayan atribuído el valor de una simple *taxatio*.

propia; así se justifican muchas y notables desviaciones de los principios comunes de la venta que aparecen ya en las fuentes y se repiten en nuestro Derecho.

(1) La razón de esta diferencia hay que buscarla en una concepción antigua, según la cual la propiedad inmueble es prevalente sobre la mobiliaria por su mayor importancia económica, por la mayor duración de las cosas inmuebles y por su mayor y más acentuada individualidad. Concepción que hoy resulta anticuada y que no sirve a justificar la doble presunción.

b) *Constitución*.—El art. 1.388 define la dote diciendo que se halla constituida por los bienes que la mujer, u otras personas por ella, entrega al marido «expresamente» y «con este título». Estas expresiones significan la exclusión de la constitución dotal tácita y presunta. La dote implica, en efecto, una destinación perpetua de los bienes a los fines matrimoniales y su consiguiente vinculación, es decir, un estado excepcional dentro del régimen normal de libertad. Esta destinación ha de ser expresamente querida por la mujer o por el tercero constituyente de la dote, quienes deben designar los bienes que se vinculan o declarar, si se trata de todo el patrimonio, que todo él se constituye en dote. En caso de duda respecto a los bienes singulares aportados en dote, deberán estimarse libres los no indicados, sin que baste la declaración genérica de los esposos de optar por el régimen dotal. Si los esposos se hubieran silenciado respectivamente al régimen matrimonial de bienes, regiría el legal de separación (art. 1.425). El legislador, tratando de eliminar dudas y dificultades de gran frecuencia en el pasado, ha dado a este requisito de la declaración expresa un alcance aún más riguroso, considerándola eficaz solamente para determinado matrimonio y no extensiva a otro posterior de la misma persona. Constituida la dote, si la mujer enviuda (o queda libre, en caso de anulación del primer matrimonio) y contrae segundo matrimonio, la constitución de dote hecha para el primero no es aplicable al segundo (artículo 1.390), porque con la disolución o anulación de aquél los bienes readquieren su condición de libres, precisando para vincularlos una nueva y expresa manifestación de voluntad.

a) *Constituyente* de la dote puede ser la misma mujer que aporta todos sus bienes o parte de ellos, ya sean sus bienes presentes y futuros o sólo los presentes; puede ser también constituyente el tercero: el esposo, los padres o parientes de la mujer, un extraño. En el primer caso, sólo experimentan los bienes un cambio en su condición jurídica por su vinculación dotal; en el segundo, hay una verdadera transmisión, porque la propiedad de tales bienes se transfiere del tercero a la mujer (y si se trata de *iura in re aliena*, como el usufructo), había que consti-

tuir el correspondiente derecho en la cosa ajena. Esto se suele hacer (prescindiendo de los bienes transmitidos por disposición testamentaria) mediante una donación: y por esto la constitución de dote hecha por un tercero se presenta como un acto complejo, integrado a un tiempo por una donación de bienes y por el destino perpetuo de éstos a un fin matrimonial. Lo cual es muy importante para comprender la naturaleza jurídica del negocio, como veremos más adelante.

Sencillos son los casos en que la propia mujer o un tercero extraño constituyen la dote. Más complejo (y en la práctica también más frecuente) es el caso en que la dote se constituye por los padres, porque tal constitución puede influir en la sucesión de los constituyentes y originar incertidumbres respecto al modo de distribuir entre los padres la carga de la dote.

Se debe partir del principio según el cual la constitución de la dote hecha por los padres en favor de la hija es una donación; nuestro Código no considera tal constitución como efecto de una obligación civil de los padres de dotar a la hija ni tampoco como efecto de una obligación natural (1). La constitución de la dote es, por tanto, un acto de liberalidad (aun cuando juzgada éticamente sea un deber moral) que se estima respecto a los demás hijos del dotante como un anticipo de sucesión. Habrá que aplicar, por tanto, las normas correspondientes; los bienes donados en concepto de dote estarán sujetos a colación (art. 1.007), salvo expresa dispensa, podrán ser objeto de reducción si hubiere lesión a la legítima defensa de los demás hijos (art. 1.092), etc.

En cuanto al modo de distribuir la carga dotal entre los constituyentes y al patrimonio de que deban tomarse los bienes prometidos como dote, el Código contiene algunas normas interpretativas y presunciones que resuelven dudas y dificultades. Si la constitución de dote en favor de la hija es hecha conjuntamente por el padre y la madre teniendo ésta bienes paraferna-

(1) Pero si esta constitución no es necesaria ni obligatoria, nada se opone a que lo sea cuando el padre la prometa en precedente convención y esta promesa fuere aceptada; habrá, en tal caso, una obligación contractual.

les, sin expresar la parte en que cada uno contribuya a tal carga, se entenderá que ambos padres contribuyen por partes iguales (artículo 1.392). Si uno de los padres hubiera muerto y el supérstite constituye la dote con bienes paternos y maternos, sin especificar las respectivas porciones, la dote se constituirá con los derechos que correspondan a la futura esposa en los bienes del cónyuge premuerto y con los bienes del constituyente (artículo 1.393). Si viviendo ambos padres la dote se constituye por el padre sobre los derechos paternos y maternos, la indicación de los bienes maternos que el padre haga no obliga a la madre, aunque ésta hubiere estado presente en el contrato, porque falta una expresa declaración de voluntad hecha por la misma; la carga de la dote recaerá entera y exclusivamente sobre el padre (artículo 1.395). Finalmente, y respondiendo a la idea de que los padres, si bien no tienen obligación jurídica, tienen, en cambio, un deber moral de dotar, cuando uno u otro o ambos padres hayan prometido la dote, quedarán obligados a constituir la, sin que los bienes en que consista puedan en modo alguno tomarse de los que son propios de la hija, y cuyo usufructo legal corresponde al padre, que ejerce la patria potestad (art. 1.394).

β) El *tiempo* de constitución de la dote es, por regla general, el que precede al matrimonio, porque precisamente después de celebrado éste rige el principio de la invariabilidad del régimen patrimonial familiar. El principio de la inmutabilidad de las capitulaciones (art. 1.385), aplicado al régimen dotal, implica que la suerte de los bienes que lo constituyen, ya estén libres, ya vinculados, no puede ser cambiada. Parecerá tal vez oportuno limitar tal principio a todos aquellos actos que tienden a disminuir el haber dotal o a agotar sus garantías, porque los actos que procuren un aumento en los bienes o ingresos de la dote debería considerarse, más que consentido, favorecido por la ley. Pero tal parecer sería consecuencia de una visión unilateral; a la ventaja del consorcio familiar no se debe sacrificar el derecho de los terceros ni la exigencia de certeza en la condición jurídica de los bienes de cada uno de los cónyuges. El aumento de dote y aun su constitución después de celebrado el matrimonio, si bien

no son perjudiciales cuando son hechos por tercero extraño, son, en cambio, muy peligrosos para los terceros cuando provienen de la misma mujer o del marido; bienes propios de la mujer declarados parafernales podrían maliciosamente ser liberados de los créditos con que están gravados, adicionándolos a la dote.

De aquí surge la distinción adoptada por el Código de cónyuges y terceros en materia de constitución y aumento de dote; los terceros pueden constituir y aumentar la dote después de celebrado el matrimonio; en cambio, el marido y la mujer no podrán constituir o aumentar la dote si no es con anterioridad a la celebración del matrimonio (art. 1.391).

γ) *La forma* prescrita es la común a todas las convenciones matrimoniales, o sea, el documento público autorizado por Notario (art. 1.382). La forma se exige aquí como elemento esencial del acto, y su inobservancia implica nulidad de éste. Para garantía de los terceros y para dar al vínculo dotal eficacia contra los mismos, el acto constitutivo, si se refiere a bienes inmuebles, debe ser transcrito. Esta necesidad de la transcripción era unánimemente reconocida en la doctrina y en la jurisprudencia cuando, proviniendo la dote de un tercero, implicaba su constitución transmisión de bienes del constituyente a la mujer, y le era, por tanto, aplicable la regla general del art. 1.392; pero fué objeto de vivas discusiones cuando era la propia mujer quien la constituía. Tal caso no ofrece duda alguna en la actualidad, pues rige también para él el deber de transcripción después de los Decretos de reforma de 1916 y 1918.

ς) Respecto a la *naturaleza jurídica del acto*, es doctrina común la que afirma que la constitución de dote es un negocio oneroso, porque, como contrapartida de los ingresos representados por los frutos y por el goce de los bienes dotales, están las *onera matrimonii*, a cuya atención se destinan aquéllos. Pero esto no debe entenderse de un modo general y absoluto, aplicándose a todo el que intervenga en el contrato nupcial. Hay que distinguir las relaciones del marido con la mujer de las de ésta con el constituyente. Respecto al marido y en las relaciones entre esposos, el acto tiene carácter oneroso; entre las cargas que el marido

asume y el goce de los bienes, hay una correlación que excluye todo enriquecimiento por el marido. Este, ya reciba la dote de la mujer, ya de un tercero extraño, la recibe como contribución (es indiferente que cubra las cargas matrimoniales o sea inferior a ellas) a las cargas inherentes al matrimonio y no representa para él enriquecimiento alguno. En las relaciones entre la mujer y el tercero que constituye la dote, si el acto de constitución no es el cumplimiento de una obligación preexistente, tiene carácter gratuito: es un acto de liberalidad que, si no proviene de disposición testamentaria, asume el contenido y la forma de una donación. Pero es una donación especial que no está sujeta a las reglas comunes de los actos de liberalidad; así, por ejemplo, no es revocable por ingratitud ni por superveniencia de hijos (artículo 1.087); el constituyente debe garantizar para el caso de evicción los bienes dotales, obligación que no alcanza al donante en cuanto a los bienes donados (artículos 1.396, 1.077).

Para juzgar de los efectos que el acto produce y de la aplicabilidad o inaplicabilidad de los principios concernientes a los actos gratuitos y onerosos, hay que considerar las relaciones del marido con la mujer y las de ésta con los terceros, y ocurrirá que, por ejemplo, la acción de reducción concedida contra la mujer no podrá ejercitarse contra el marido y deberá aplazarse hasta la disolución del matrimonio, momento en que los bienes readquieran su condición de libres.

ε) El destino preciso de la dote al sostenimiento de las cargas matrimoniales y el carácter oneroso que el acto tiene para el marido, entrañan en el constituyente la obligación de prestar la *garantía*. Recae esta obligación sobre el constituyente (artículo 1.396); está obligado a prestarla el tercero donante, si bien la donación no engendra tal obligación; está obligada la mujer que se haya dotado a sí misma, aunque parezca extraño que el marido que sufre evicción de la dote pueda dirigirse contra los demás bienes de la mujer, disminuyendo el patrimonio de ésta; obsérvese que la acción del marido tiende a suplir con los parafernales los bienes específicamente destinados al consorcio familiar.

Es una peculiaridad de esta institución la norma según la

cual, si la dote consiste en una obligación de dinero o de otros bienes fungibles, los intereses comienzan a producirse *de derecho* (sin necesidad de constituir en mora al deudor) desde el día de la celebración del matrimonio a cargo de quienes prometieron la dote, y se devengan aunque se hubiere fijado un término para el pago de ésta (art. 1.397), siendo ello una excepción a las normas comunes, según las cuales las deudas de dinero generan interés desde el día del vencimiento del término (artículos 1.223, 1.231).

Esto se explica teniendo en cuenta que las cargas matrimoniales, a cuyo sostenimiento se destinan los frutos de la dote, comienzan el día mismo en que se celebra el matrimonio. Para impedir el efecto aludido precisaría una convención expresa (artículo 1.397).

η) A la constitución de dote suelen acompañar pactos especiales que garantizan a uno u otro cónyuge una determinada ventaja patrimonial; los dos más frecuentes son el de lucro dotal y el de *spillatico* (dinero para alfileres).

Spillatico es la asignación anual que en el contrato de matrimonio es hecha a la mujer, de las rentas de la dote para que pueda proveer a sus menudos gastos y a las necesidades de su persona (art. 1.399, párr. 1.º) (1). Deudor es el marido que lo paga en cuotas anuales o mensuales; constituye una detracción hecha a los frutos dotales, o mejor, un destino específico de una parte de éstos. Sin embargo, este pacto no está necesariamente ligado a la dote y puede existir, aunque no haya dote (*spillatico* impropio). De todos modos, la obligación que en orden al *spillatico* asume el marido no le exime de la obligación más amplia que tiene de proporcionar a la mujer todo lo necesario a su vida, según el haber del propio marido (art. 132).

Lucro dotal (2) es el emolumento que uno de los cónyuges

(1) Dada esta finalidad se discuten los límites de embargabilidad del *Spillatico* por los acreedores de la mujer: De Meis, en *Foro it.*, 1899, 1, pág. 1.119; Dallari, *ob. cit.*, § 65.

(2) Sobre una institución afín del Derecho justinianeo, la *donatio ante nuptias* o *propter nuptias* cuya naturaleza y función levantarán vivas discusiones (una de éstas se refiere al lucro de la mujer previsto para el caso de viudedad o de divorcio), Schott, *Die donatio propter nuptias*,

se asegura para el caso en que sobreviva al otro, merced a un pacto que se inserta en el instrumento dotal, y que se refiere de un modo especial a la dote, porque dicho emolumento se valora en una parte de ella (art. 1.398). En rigor, no debía hablarse de lucro dotal más que en el caso de aplicarse al marido; en efecto, aquél no es otra cosa que una parte de la dote con que el marido se lucra en el caso de sobrevivir a la mujer, constituyendo, por tanto, una detracción de los bienes dotales y una adquisición *mortis causa* en favor del marido. Durante algún tiempo fué este un derecho reconocido por la ley al marido (sistema del lucro legal), pero actualmente su fuente única es la convención (sistema del lucro convencional); esta convención sólo es posible en el contrato de matrimonio, excluyéndose la posibilidad de convenirlo cuando la dote se constituya durante el matrimonio (artículo 1.398). Pero la ley italiana admite también un lucro dotal en favor de la mujer, y, en tal caso, aquél no puede ser ya una detracción de la dote, sino aumento de ésta (aumento que no se verifica durante el matrimonio sino a su disolución), obtenido del patrimonio del marido. El lucro corresponde a la mujer supérstite cuando la dote deja de ser tal, y consiste en un aumento de los bienes que fueron dotales. Es lo que en otro tiempo se llamó contradote o donación nupcial.

La facultad concedida a los cónyuges de pactar un emolumento para el sobreviviente, constituye, como se ve, una singular excepción a la rigurosa prohibición de los pactos sucesorios. Es, en efecto, un pacto sobre la futura sucesión, que origina una adquisición *mortis causa*, derivada de un contrato; y puede ser un pacto recíproco si el emolumento es garantizado a ambos

1867; Warnkönig, en *Arch. f. civ. Praxis*, XIII, páginas 8 y siguientes; Esmein, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias* (*Nov. rev. hist.*, 1884, y en *Melanges d'hist. du droit*); Larocque, *La don du fiancé a Rome et dans les provinces rom. avant Justinien.* Toulouse, 1898; Brandileone, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, Bolonia, 1892. Sobre lucros dotales, véase Bicci, *Dei lucri dotali* (*Arch. giur.*, XIX, 1877, páginas 125, 213, 337 y siguientes); Gabba, *Dalla controdote nel dir. vig. it.* (*Giur. it.*, 1878, IV, pág. 59), Cogliolo, *I lucri dotali* (en *Scritt. giur.*, I, páginas 430 y siguientes).

cónyuges o un pacto unilateral. Pero por ser excepcional está sujeto a los principios inderogables de la sucesión hereditaria. El lucro es atribuído en propiedad al cónyuge supérstite si no hay descendientes del cónyuge premuerto; en otro caso (en el de haberlos) le corresponderá solamente el usufructo, a no ser que los esposos hubieren convenido otra cosa (art. 1.398). No puede el lucro perjudicar la cuota de reserva de los herederos legitimarios (artículo 1.398, párr. 2.^o); ni puede ser superior—en el caso del cónyuge binubo—a la porción de herencia dejada al hijo menos favorecido de los habidos del primer matrimonio.

c) *Administración de los bienes dotales.*—El destino dado a la dote de servir a los *onera matrimonii* y el ser el marido la cabeza de la sociedad conyugal, implican el que sólo al marido corresponda todo poder y deber de la administración y goce de los bienes dotales. La mujer no puede asociarse al marido en el ejercicio de estos poderes, ni aun cuando se hubiere convenido esto expresamente en las capitulaciones matrimoniales, ya que este pacto sería nulo, por entrañar una vulneración de los derechos que corresponden al cabeza de familia (art. 1.378). La administración conferida al marido implica el que sólo él pueda proceder contra los deudores y detentadores de la dote, percibir sus frutos e intereses e exigir la restitución de los capitales dotales (artículo 1.399). Así la ley enumera solamente algunas de las facultades que al marido competen; pero se pregunta cuál sea la fórmula sintética que comprenda los poderes del marido en este respecto. La doctrina suele recurrir al concepto de usufructo definiendo la posición del marido en orden a los bienes dotales como la de un usufructuario, aunque reconociendo que no hay entre ambas posiciones una perfecta coincidencia. Este parangón se apoya en la realidad, y se da no sólo respecto a la dote específica (cuya propiedad corresponde a la mujer), sino también relativamente a la dote de cantidad, porque la transmisión del dominio que tiene lugar en esta última no es distinta de la que se produce en el cuasi usufructo. Y, además, este parangón está autorizado por la misma ley, la cual recurre a él para la determinación de las obligaciones que incumben al marido (art. 1.408).

Puede el marido, por tanto, realizar todos aquellos actos que son permitidos al usufructuario, y goza, como éste, de los frutos y productos de las cosas dotales.

Hay aspectos y facetas diversas: goza de los frutos sin obligación de rendir cuentas, pero con el deber de destinarlos a los fines matrimoniales, ya que le son atribuidos como base para sostener las cargas del matrimonio, sin que le sea dable malgastarlos desatendiendo las necesidades de la familia. Con esta correlación entre los frutos dotales y cargas matrimoniales se enlaza la discusión doctrinal y judicial sobre si los acreedores del marido tienen derecho a proceder ejecutivamente contra los frutos de la dote y sobre si pueden pedir su embargo (1). A diferencia del usufructuario, el marido no está obligado a prestar caución por la dote que recibe, si no ha sido obligado en el momento de la constitución (art. 1.400, párr. 1.º). Esto rige por vía de principio para no menoscabar la dignidad del cabeza de familia o para no ponerle en la dura condición de tener que recurrir a extraños para procurarse la garantía. Pero tal principio cesa en su aplicación cuando durante el matrimonio sobreviene una transformación o una disminución tal en el patrimonio del marido que ponga en peligro la seguridad de la dote. Si quien constituye ésta, o la debe, figura en el número de aquellas personas que están obligadas a prestar alimentos, puede solicitar del Tribunal que expida el oportuno mandato, ordenando que el ma-

(1) A este respecto se suelen defender tres opiniones diversas: la absoluta inembargabilidad fundada en el destino de los bienes dotales y en el perjuicio que de no ser éstos inembargables se irrogaría a la familia privada de este modo de sus más seguros recursos (Bianchi, *Contr. di matrimonio*, n. 208; Chironi, *Quest. dir. civ.*, pág. 188); la embargabilidad libre, basada en la opinión de que los frutos entran a formar parte del patrimonio del marido y como parte integrante del haber de éste están sujetos a la acción de los acreedores (Gallupi, n. 115; Mortara, *Comm. proc. civ.*, v. 136; Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 788, n. 1.); una solución intermedia que acepta la embargabilidad sólo por el remanente de los mismos que queda luego de atendidas las cargas matrimoniales (Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 732; Delogu, *Pignorabilità dei frutt dotali*, en *Studi per Schupfer*, III, páginas 179 y siguiente; Dallari, *ob. cit.*, § 134). Esta última nos parece la solución más razonable.

rído preste las oportunas garantías que aseguren la integridad, la futura restitución de la dote (art. 1.400, párr. 1.º). Además cesa en su aplicación cuando el marido sea propietario de bienes inmuebles o de otros derechos susceptibles de hipoteca, aun cuando previamente no se hubiere obligado el marido a garantizar la dote (y con ella los lucros dotales), ésta resulta asegurada, en virtud de una hipoteca legal que grava todos los bienes que el marido posee en el momento de constituirse la dote, aun cuando el pago de ésta se verifique posteriormente (1); la constitución produce este efecto inmediatamente, y sólo respectivamente a los bienes dotales procedentes de sucesión o de donación tal efecto se produce en el momento de la apertura de la sucesión o en el de la ejecución de la donación (art. 1.969, núm. 4.º). También, en cuanto al término del goce, hay diferencias respecto al usufructo, pues al disolverse el matrimonio, los frutos no se distribuyen, según las normas del usufructo (artículos 480, 481), sino que se reparten (se entiende, los percibidos en el último año del usufructo, y éstos solamente), entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, proporcionalmente a la duración del matrimonio en el último año, computándose éste tomando como día inicial el de la celebración del matrimonio (artículo 1.416) (2).

Correlativamente a los poderes o facultades aparecen las obligaciones o gravámenes. El marido tiene las obligaciones todas que incumben al usufructuario; responde de las prescripciones extintivas que hayan determinado la pérdida de los derechos reales o de crédito, y responde también del perecimiento y deterioros ocurridos por su negligencia (art. 1.408). Debe ejercitar, por tanto, las acciones que tiendan a conservar los bienes dota-

(1) La esposa puede renunciar a esta hipoteca legal en el contrato matrimonial; véase Dusi en Baudry Lacantinerie, App., I, pág. 883; Dalliari, *ob. cit.*, § 100; Stolfi, *Dir. civ.*, V, § 526

(2) Sobre esta regla y sobre las dificultades de interpretación y de cómputo que puede originar, véase Bonfante, *La divisione dei frutti dotali allo scioglimento del matrimonio nel dir. rom. e civ. (Riv. it. p. le Sc. giur.*, XX, 1896, páginas 338 y siguientes, y hoy en *Scritti giur.*, I, páginas 72 y siguientes).

les y a protegerlos contra todo hecho lesivo (incumplimiento de deudores, usurpaciones, violación de lindes, etc.). Debe procurar que quien prometió la dote la satisfaga; la sanción a la inobservancia de esta obligación es grave; si el matrimonio duró diez años después del vencimiento del término fijado en la promesa, el marido que no haya procurado su entrega es responsable, y debe, una vez disuelto el matrimonio, restituirla a los herederos de la mujer, los cuales no están obligados a probar que el marido haya recibido la dote, es decir, se presume que ha tenido lugar la entrega de la dote. Está exento de esta responsabilidad solamente en dos casos: si el constituyente y promitente de la dote es la propia mujer y si justifica haber desplegado inútilmente la diligencia debida para obtener la dote (art. 1.414).

d) *Vinculación de los bienes dotales.*—La dote es propiedad de la mujer; aun cuando sea dote de cantidad (y la propiedad de los bienes particulares se transfiera al marido), su titular es la mujer. Pero esta es una titularidad desprovista de los derechos de goce y de administración y del derecho de disposición. Y como este último tampoco corresponde al marido, el resultado de todo ello es que los bienes dotales están en un estado de indisponibilidad, porque ni siquiera ambos cónyuges conjuntamente podrían realizar actos de enajenación.

La inalienabilidad debe entenderse como prohibición impuesta a los cónyuges de disponer voluntariamente de los bienes, como sustracción de los bienes al poder de apropiación de los terceros, o a la acción de los acreedores: comprende, pues, de una parte, la imprescriptibilidad; de otra, la inexpropiabilidad.

La *inalienabilidad* consiste en la prohibición impuesta a la mujer o al marido de realizar actos de disposición que operen una amputación del patrimonio dotal, una transmisión a tercero de los derechos que integran la dote, aunque sea a título oneroso; por tanto, lo mismo una venta que una donación, una renuncia, que una permuta, una constitución de servidumbre pasiva o de hipoteca, resultan prohibidas, porque la ley no sólo quiere evitar el peligro de disminución del patrimonio dotal, sino también el de su transformación.

Este es el precepto que se deriva indirectamente, aunque de modo seguro, de los artículos 1.404 y 1.405, los cuales sientan dos importantes excepciones. La primera es que, en las mismas capitulaciones matrimoniales, se haya establecido la alienabilidad de los bienes dotales o la posibilidad de su transformación, con o sin la condición de la aplicación de su precio a la misma finalidad (art. 1.404). Tal pacto (siempre que se hubiere estipulado originariamente, pues de lo contrario sería nulo), no se opone a la perpetuidad del destino de los bienes dotales a los fines del matrimonio, singularmente si se sujeta a la condición de invertir el precio de los bienes en los mismos fines, porque la enajenación puede ser útil a la familia y porque dicha condición asegura el destino del capital obtenido con la venta a la realización de los fines matrimoniales. La condición de reinversión vincula no solamente a los cónyuges, sino también al tercero que paga, haciéndole responsable de la no reinversión. La segunda excepción tiene lugar cuando necesidades familiares o una evidente utilidad aconsejan la enajenación u otra operación cualquiera que entrañe gravamen sobre los bienes dotales o reducción de los créditos que integran la dote; pero en este caso, además del consentimiento de ambos cónyuges (la negativa de uno de ellos es obstáculo insuperable) (1), precisa la autorización del Tribunal, el cual, para darla, deberá constatar la necesidad o evidente utilidad de la operación, debiendo denegarla cuando la necesidad o utilidad no se acrediten debidamente (art. 1.405 del Código civil, artículos 778 y siguientes del Código de Procedimiento civil). Autorizada la enajenación, el bien que se obtenga en compensación (el otro inmueble, en caso de permuta; el precio, en caso de renta, etc.), será dotal por aplicación del principio de la subrogación real, según el cual los bienes subrogados sufren la misma vinculación que los originarios (art. 1.406). Corresponde

(1) Esto ha sido reiteradamente negado por los Tribunales, estimando que el Juez en jurisdicción contenciosa puede suplir el consentimiento que falta con su propia autorización; pero de este modo se niega el requisito exigido por la ley y se atribuyen al Tribunal dos funciones distintas. Véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 795, n.

al Tribunal que da la autorización fijar las condiciones y exigir las garantías idóneas a asegurar la reinversión (art. 1.406, párrafo 2.º).

La sanción a la prohibición de enajenar los bienes dotales es la nulidad de la enajenación: nulidad y no simple anulabilidad, porque se trata no tanto de una incapacidad de los sujetos como de una indisponibilidad objetiva de los bienes (art. 1.407). Sin embargo, esta nulidad no puede hacerse valer por todos: es una nulidad relativa; durante el matrimonio puede pedirla el marido, solicitando de la Autoridad judicial la oportuna declaración y la orden de restitución de la cosa o de cancelación de la hipoteca, etc. (el art. 1.407, párr. 1.º, habla impropiaamente de la facultad de «hacer revocar»); durante el matrimonio, y una vez disuelto éste, podrán pedir la declaración de nulidad la mujer y sus herederos; en cambio, no podrán pedirla el tercer adquirente, los acreedores del marido ni los de la mujer, porque la sanción de nulidad se establece en interés de la familia, y estas personas son extrañas a dicho interés. La acción corresponde siempre a los cónyuges, aun cuando éstos dolosamente hubieren ocultado la condición dotal de los bienes y consiguientemente su inalienabilidad. Sin embargo, el marido que hubiere obrado dolosamente o que hubiere omitido el declarar el carácter dotal de la cosa, responde al tercero de los daños y perjuicios (art. 1.407, párrafo 1.º).

La *imprescriptibilidad* implica que los bienes dotales, aun poseídos por el tercero con todos los requisitos que la ley exige para la usucapión, no se pierden para la mujer ni se sustraen a la acción reivindicatoria que puede ejercitar el marido en todo momento. Pero esto tiene lugar en orden a los inmuebles solamente, pues en el art. 2.120 se habla exclusivamente del fondo dotal, debiendo entenderse que la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles no pueden ser usucapidos por los terceros mientras subsista el matrimonio. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que el inmueble o derecho real se posean durante treinta años (artículo 2.121). Los mismos principios que se aplican a la usucapión son aplicables a la prescripción extintiva.

Finalmente, la vinculación dotal repercute también en la facultad de *expropiación* que tienen los acreedores; para asegurar la finalidad de la dote debe prohibirse que los acreedores de la mujer o del marido puedan proceder ejecutivamente contra los bienes dotales; las subastas inmobiliaria y mobiliaria no son permitidas mientras dure el matrimonio, ya recaigan tales subastas sobre los bienes, ya sobre los frutos o productos de éstos y aunque se trate de obligación contraída durante el matrimonio o de deudas de la mujer (art. 1.407, párr. 1.º). De otro modo, se facilitaría a los cónyuges la manera de eludir la prohibición de enajenar contrayendo deudas, y dando lugar así a la subasta por los acreedores (1). No hay que identificar la expropiación contra el deudor con la expropiación por causa de utilidad pública, que es hecha por la Autoridad administrativa; a esta última expropiación no puede sustraerse el inmueble dotal, porque el interés público prevalece sobre el privado; pero el precio subrogándose a la cosa se vinculará como subrogado de la dote a la finalidad de ésta.

c) *Restitución de la dote* (2).—Estando la dote destinada perpetuamente a los fines del matrimonio, los poderes o facultades del marido y la vinculación de los bienes duran mientras el matrimonio subsiste; cuando éste se disuelve, la dote debe ser restituida, porque su fin ha cesado. Y como para nuestra ley el matrimonio sólo se disuelve por la muerte, la restitución tiene lugar, si la mujer muere, por parte del marido en favor de los herederos de aquélla; si muere el marido, por sus herederos y en favor de la viuda. Al caso de disolución se equiparan el de anulación, que destruye el matrimonio como si no hubiese jamás

(1) ¿Rige la misma prohibición de expropiación en orden a las deudas contraídas por la mujer que constituyó la dote para sí anteriormente al matrimonio? Creo que procede la respuesta afirmativa sin admitir la excepción que algunos hacen relativamente a las deudas garantizadas con hipoteca o con prenda. Consúltese una opinión en parte divergente: Venzi en Pacifizi, *Ist.*, IV, pág. 791, n. m.

(2) Además del trabajo de Solarzi concerniente al Derecho romano, se cita el de Levi, *La restituzione della dote* (Legge, 1905, páginas 1.021, 1.131 y siguientes).

existido (art. 116) y el de ausencia de uno u otro de los cónyuges, que produce una suspensión de la relación conyugal (artículo 26).

La restitución tiene lugar de modos muy diversos, según la naturaleza de los bienes y la forma de su aportación al matrimonio. Readquiere aquí importancia la distinción entre dote de especie y dote de cantidad. En la dote de especie, o sea en la consistente en bienes inmuebles o en bienes muebles inestimados o estimados, con la declaración de que la estimación no priva a la mujer de la propiedad en los mismos, son estos bienes y no otros los que deben ser restituidos, pues al marido correspondía solamente su goce y administración; la restitución debe tener lugar tan pronto como el matrimonio se disuelva, sin aplazamiento (artículo 1.409). Para protección de sus derechos a la mujer y sus herederos les son concedidas acciones reales, en primer término la reivindicatoria; como garantía figura la correspondiente hipoteca legal, que asegura en la restitución y luego las pérdidas y deterioros imputables al marido. Este no responde de la pérdida causada por el caso fortuito, por la regla general de que *res perit domino*; tampoco responde de la consumición de la cosa por el uso de la misma y sin su culpa, pues está obligado a restituir las cosas que queden y en el estado en que se encuentren (artículo 1.411) (1). En cambio, en la dote de cantidad—consistente en dinero o en cosas muebles estimadas, sin declarar que la estimación no atribuye la propiedad al marido—, comoquiera que éste es propietario de tal dote, la restitución tendrá lugar pagando el marido o sus herederos una suma de dinero igual a la que recibió aquél como dote o abonando el precio de estimación; la ley concede al marido o a sus herederos el plazo de un año, a contar desde el día de la disolución, para restituir la dote, con objeto de facilitarle la obtención de los capitales que debe devolver (art. 1.410). Si la dote inestimada comprende capitales o rentas constituidas y éstas han sufrido pérdida o disminución no imputables al marido, éste quedará liberado de la obligación de

(1) Brandileone, *Note storiche sull' art. 1.411 del C. civ.* (*Riv. crit.*, 904, páginas 129 y siguientes)

restituir, entregando los correspondientes títulos y documentos (artículo 1.412). Consistiendo la dote, en este caso, en la concesión de un derecho de usufructo, debe restituirse este derecho, atribuyéndose al marido los frutos recogidos o vencidos durante el matrimonio (art. 1.413).

La ley contiene disposiciones especiales relativas a los frutos e intereses que se producen desde el momento de la disolución del matrimonio, y a la condición de la viuda durante el año de luto. El plazo de un año que se concede al marido para la restitución de la dote de cantidad por el art. 1.410, no significa que el obligado a la restitución no deba abonar los intereses devengados durante el mismo; también en ésta (como en la dote específica, en la que no se otorga plazo para restituir) los frutos e intereses se producen en favor de la mujer y de sus herederos desde el día de la extinción del matrimonio. La ley, sin embargo, prevé y regula diversamente los dos casos posibles de disolución: disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, corresponden a los herederos de ésta los intereses producidos desde el día de la disolución, devengándose éstos automáticamente, es decir, sin necesidad de demanda judicial o interpelación (artículo 1.415, párr. 1.º); disuelto el matrimonio por muerte del marido, se protege a la viuda concediéndole la facultad de elegir los intereses y frutos de la dote o los alimentos durante el año de luto, alimentos que están a cargo de la herencia, la cual debe costearle también durante este año la habitación y los vestidos de luto (art. 145, párr. 1.º) (1).

Finalmente, por aplicación del principio derivado del Derecho romano (2), el Código regula la distribución de los frutos producidos por los bienes dotales en el último año. Sería injusto que, disuelto el matrimonio, el marido (o sus herederos) se apropiasen los frutos producidos por el fundo dotal poco antes

(1) Sobre este artículo véase Scialoja, *I diritti della vedova durante l'anno di lutto see, l'art. 1.415 del C. civ.* (*Foro it.*, 1886, I, pág. 549. y *Ro. it. p. le Sc. giur.*, 1886, páginas 365 y siguientes.

(2) Consúltese el discutidísimo pasaje del fr. 7, § 1, D. 24, 3, que contiene una *quaestio* de Papiniano y la interpretación dada por Bonfante al citado artículo, pág. 589, n. 1.

de la disolución, y como además es conforme al principio de los *onera matrimonii* el que los frutos sean atribuidos al marido en tanto dichas cargas subsisten; como, por otra parte, la madurez y percepción de los frutos naturales pueden ocurrir en momentos muy distintos, según el cultivo del predio y la naturaleza de la cosa, se ha adoptado la solución de que los productos y frutos percibidos durante el último año se distribuyan entre el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto proporcionalmente a la duración del matrimonio en dicho último año (artículo 1.416) (1).

f) *Separación de la dote* (2).—El régimen normal descrito puede ser alterado y modificado por efecto de graves perturbaciones que se produzcan en el matrimonio o en la posición financiera del marido. Para preservar a la mujer del peligro de

(1) Para aplicar rectamente esta norma deben tomarse los frutos todos producidos y percibidos durante el último año del matrimonio, o sea partiendo del día de la muerte del cónyuge, durante los doce meses anteriores y excluirse los frutos percibidos antes de ese período y los que maduren y se perciban después de él. Si durante este período se han producido y percibido varias especies de frutos se resumen todos éstos para formar la masa a distribuir. Una vez constituida la masa de este modo, como la base del reparto proporcional es el *año dotal o matrimonial* y éste se computa tomando como base el día de celebración del matrimonio, se atribuirán al marido tantas fracciones de la masa cuantas correspondan al tiempo de duración del matrimonio en el año dotal y el resto se atribuirá a la mujer. Por ejemplo, el matrimonio se contrajo el 1.º de Febrero de 1910 y se disolvió el 30 de Septiembre de 1922; fué constituido en dote un fundo destinado a cultivo de cereales cuya recolección se efectúa en 1.º de Julio. El último año de matrimonio está comprendido entre el 30 de Septiembre de 1921 y el 30 de Septiembre de 1922, y en 1.º de Julio de este último año se verificó la siega; la cosecha debe distribuirse proporcionalmente. Esta distribución se hará aceptando que el año matrimonial comprende del 1.º de Febrero al 1.º de Febrero, y como el último año de matrimonio duró desde el 1.º de Febrero al 30 de Septiembre de 1922, o sea ocho meses, corresponderán ocho dozavos de la siega al marido (o a sus herederos) y los cuatro dozavos restantes a la mujer o a sus herederos.

(2) Losana, *Sulla separazione della dote* (Rolandino, 1918, páginas 201 y siguientes); Ferrara, *Influenza della separazione della dote sulla gananzie dotali* (Foro it., 1920, I, páginas 121 y siguientes).

perder la dote y para regular la anormalidad que produce la interrupción de las relaciones personales entre los cónyuges, se ideó la institución de la separación de la dote.

Tres causas distintas e independientes pueden determinar este nuevo estado: *a*), un desorden tal en los negocios del marido, que haga temer que sus bienes no basten para responder de los derechos de la mujer, *b*), el peligro de pérdida de la dote sin que se vea tal desorden; *c*), la separación personal de los cónyuges decretada en sentencia y a instancia de la mujer contra el marido independientemente de todo desorden y peligro (artículo 1.418). Las dos primeras causas hallan su justificación en la desconfianza que despierta el administrador del patrimonio ajeno, cuando tal administrador no puede administrar el suyo propio, y también en el peligro de pérdida de la dote; la tercera halla su razón de ser en el hecho de que, perturbada la relación conyugal y habiendo cesado por la separación de los cuerpos la comunidad de vida, no hay motivo para mantener la unidad patrimonial a que la dote responde, ni es conveniente que el marido, culpable de graves infracciones de los deberes conyugales (que motivaron la sentencia de separación), conserve el goce y administración de los bienes de la mujer.

La mujer es la única facultada para pedir la separación; ninguna otra persona en su lugar, salvo sus acreedores debidamente autorizados por ella, puede usar de ese derecho; no puede ejercitarlo el tercero que constituyó la dote, el cual, en evitación del peligro, debe obligar al esposo en el momento de la constitución a que preste caución o (si figura en el número de los obligados a prestar alimentos) solicitar del Tribunal que ordene la prestación de las oportunas garantías (art. 1.400); no pueden tampoco ejercitarlo los herederos de la mujer porque con la muerte se origina el deber de restitución; tampoco los acreedores de la mujer sin su consentimiento, porque aunque de contenido patrimonial la acción de separación implica una valoración de elementos morales que no puede ser atribuida a terceros extraños (art. 1.421). La demanda se deduce contra el marido y pueden oponerse a la pretensión los acreedores del marido; a

sentencia que decreta la separación puede ser también eficaz contra dichos acreedores; pueden éstos alegar todos los motivos que obstan a la separación, singularmente cuando ésta sea reclamada en fraude de sus derechos, es decir, para disminuir la garantía que para dichos acreedores representa el patrimonio del marido (art. 1.422) (1).

Debe decretarla el Tribunal cuando se solicite como consecuencia de la separación personal, porque en tal caso no proceden indagaciones ni se hacen valoraciones como en los otros dos casos, en los que se remite al prudente arbitrio del Magistrado la apreciación de si hay o no peligro de pérdida o desorden en los negocios. De todos modos, sólo es permitida la separación judicial, o sea la decretada por el Magistrado mediante sentencia que ponga fin a un juicio regular (art. 1.418, párr. 2.º); no se puede decretar en acto de jurisdicción voluntaria y con mayor razón no puede ser acordada convencionalmente porque pugnaría esta facultad con la prohibición de modificar durante el matrimonio las capitulaciones matrimoniales (art. 1.385). La sentencia produce efecto retroactivo, es decir, retrotrae sus efectos al día en que se dedujo la demanda; pero la ley subordina su eficacia al cumplimiento de una condición: la separación debe tener lugar mediante la efectiva restitución de los bienes y la reintegración de los derechos de la mujer, haciendo constar una y otra en documento público que deberá extenderse dentro de los sesenta días siguientes al de la publicación de la sentencia; y si el marido se resistiese al cumplimiento de este deber, deberá la mujer exigirlo judicialmente dentro del mismo término (artículo 1.419). Estos preceptos hallan su justificación en la necesidad de proteger a los terceros, los cuales deben ser informados de la nueva situación patrimonial de los cónyuges; por otra parte, es conforme al carácter de la institución que responde a la necesidad de proteger un interés personal apreciado por la

(1) Para el caso en que uno de los cónyuges sea comerciante y para el de quiebra del marido, rigen las normas especiales del Código de Comercio, artículos 19, 780 y siguientes.

mujer, la facultad otorgada a ésta de renunciar a la ejecución de la sentencia.

La separación modifica, no destruye el régimen dotal. Lo modifica solamente porque su efecto no es otro que el de restituir a la mujer los bienes dotales privando al marido de la administración y goce de los mismos (art. 1.424, párr. 1.º). Pero la vinculación propia de la dote subsiste: los bienes continúan siendo inalienables, imprescriptibles, inexpropiables, así que las sumas que la mujer recibe en pago de sus créditos dotales son también dotales y deben ser invertidas en el mismo objeto; la disposición o distinto empleo de los mismos no puede hacerse sin autorización judicial (art. 1.424, párr. 1.º).

Si la mujer tuviere bienes parafernales, todo su patrimonio se integra—unificado en la administración—de bienes dotales y parafernales. Y como subsiste el destino de los bienes dotales a su fin primitivo, éstos deben continuar sosteniendo las *oneræ matrimonii*, a las que contribuye ahora la mujer derechamente, distribuyéndose entre el marido y la mujer (art. 1.423) en proporción al haber de cada uno, pues la mujer percibe los frutos de la dote (esto cuando la separación de la dote no sea efecto de la personal, pues en tal caso al cesar la convivencia disminuiría la contribución).

Dijimos que producía una modificación parcial del régimen dotal; pero debemos añadir que esta modificación es definitiva. La mujer puede renunciar a la ejecución de la sentencia; pero si ésta se ejecuta no es posible volver ya al régimen precedente. Ello no se deriva tanto del silencio que el Código guarda a este respecto cuanto del precepto opuesto dictado para el régimen de comunidad (art. 1.443): al cual se aplica también el remedio de la separación, si bien se consiente que los cónyuges que separan los bienes puedan volver al régimen de comunidad si lo restablecen en documento público. Se debe deducir que el legislador no autorizó esto en orden a la dote separada para evitar que con las posteriores modificaciones se hagan inseguras las relaciones jurídicas con los terceros, esto unido a que no obstante la separación, el régimen dotal subsiste en su

esencia y los fines que dicho régimen persigue quedan asegurados (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—El régimen dotal preside las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, en nuestro Derecho, bien porque éstos lo pactaran expresamente o porque excluyeran la sociedad legal de gananciales sin determinar las reglas que regirían sus bienes o porque la mujer o sus herederos renunciaran a los beneficios de dicha sociedad (artículo 1.364). Tiene como característica el atribuir al marido todas las cargas matrimoniales, teniendo para cubrirlas los productos de los bienes propios y de la mujer sin que ésta, ni sus herederos, tengan derecho más que a la devolución de los bienes dotales, o su estimación, al concluir la relación patrimonial.

Constituyen la dote los bienes que la mujer aporta al matrimonio con carácter dotal, al tiempo de contraerlo, los que adquiere después con dicho carácter por donación, herencia o legado (artículos 1.336 del Código civil español y 1.388 del Código civil italiano) y los subrogados en legar de aquellos bienes o derechos que tengan carácter dotal (art. 1.337). Puede constituirse la dote por la mujer o el esposo antes del matrimonio y antes o después por los padres, parientes o extraños (artículos 1.338 del Código civil español y 1.391 del Código civil italiano). Si los constituyentes son los padres que vienen obligados a satisfacerla pueden cumplir bien entregando un capital o una renta (art. 1.342) y si dotaran voluntariamente se satisfará de los bienes de la sociedad conyugal o de los propios en la cuantía pactada si la constitución se hiciera conjuntamente por ambos cónyuges o por el marido solo y de los bienes de la mujer si ésta fuera la constituyente (art. 1.343).

Ya hemos indicado que los padres pueden ser obligados a dotar, distinguiéndose así de una dote voluntaria la forzosa, que están obligados a constituir los padres en favor de las hijas legítimas que se casen con su consentimiento, equivalente a la mitad de la legítima rigorosa presunta (artículos 1.340 a 1.342), indicándose también la distinción (artículos 1.344 y 1.345) entre dote prometida, entregada y confesada, siendo ésta, definida en los artículos citados, la que consta en documento privado o declaración del marido, y estudiándose los efectos de la dote estimada y de la inestimada, clasificación la más importante de las que se hacen en orden a la dote.

La base de esta clasificación y de sus efectos está determinada (artículo 1.346) por la transmisión del dominio de los bienes dotales al marido, previa su estimación con obligación de devolver su evaluación (dote estimada) o por la conservación del dominio por la mujer, haya estimación o no, teniendo que devolver el marido los mismos bienes que se le entregan para su disfrute (dote inestimada). Los aumentos o deterioros de los bienes dotales siguen el principio *res perit domino* (artículos 1.347 y 1.360) y junto con el derecho a reclamar agravios en la estimación (art. 1.348) se impone al marido la obligación de garantizar, con hipoteca, la devolución de los bienes cuyo dominio se le transmite como la dote estimada (artículos 1.349 a 1.356 del Código civil y 169 y siguientes de la ley Hipotecaria).

En orden a la dote inestimada tiene el marido el carácter de administrador y usufructuario, bien que obligado a levantar las cargas del matrimonio y a inscribir a nombre de la mujer los inmuebles con el carácter dotal, si no lo estuviesen, y afianzar la devolución de los muebles.

§ 112.—*Relaciones patrimoniales entre cónyuges. Régimen de comunidad de bienes*

Brugi, *Ist.*, § 80 b; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 777; Chironi, *Ist.*, II, §§ 403-404; Zachariae *Man.*, III, §§ 475-500; Aubry y Rau, *Cours.*, VIII, §§ 505-530; Planiol, *Traité*, números 888 y siguientes (1).

Origen y naturaleza juraiuca.—Sobre este tipo de ordenación de la vida patrimonial entre cónyuges—que, según el sistema italiano, es siempre convencional, al revés de lo que ocurre en otros países (Francia), que es legal—, surgen vivas discusio-

La mujer conserva el dominio y con él la potestad de enajenar y gravar estos bienes que responden, en defecto de bienes gananciales y de los del marido, de los gastos usuales de la familia hechos por la mujer o de su orden con la tolerancia del marido (artículos 1.356 a 1.363).

La restitución de la dote tiene lugar por la disolución o declaración de nulidad del matrimonio, por declaración de prodigalidad del marido y cuando los Tribunales lo ordenen con arreglo a las prescripciones de este Código (art. 1.365).

La restitución se hará a la mujer o a sus herederos y comprenderá la evaluación de los bienes dotales en la dote estimada y la devolución de los mismos bienes en la dote inestimada, salvo que fuesen fungibles, que se devolverán otros tantos de igual especie o calidad o si se hubiesen enajenado los inmuebles, que se entregará el precio de venta o los bienes que los hubiesen sustituido. Todo ello con las deducciones legales y con el derecho de retención concedido al marido por expensas y mejoras (artículos 1.366 y siguientes).

(1) Para la bibliografía francesa, véase Pothier, *Traité de la communauté*; Ginonilhac, *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, 1843; Schneider, *Die eheliche Gütergemeinschaft nach frans. Recht.*, Mannheim, 1849; Meynial, *Le caractere jurid. de la communauté entre époux* (*Rev. trim. de dr. civ.*, 1903, páginas 811 y siguientes); Typaldó Bassia, *La communauté des biens conjugale dans l'ancien dr fr.*, París, 1903; Masse, *Du caractere juri. de la communauté entre époux dans les précédents hist.*, París, 1902; Achev, *Origine de la communion conjugale* (*Rev. gen. du dr.*, XXX, 1906, páginas 351 y siguientes); para la doctrina e historia en el Derecho italiano: Paternó, *Della comunione di beni*, Torino, 1895; Lado, *La comunione dei beni*, Sassari, 1901; Tinochiaro Sartorio, *La comunione dei beni fra coniugi*, 1902; Vaccari, *Il regime della comunione dei beni*, Pavia, 1908; Piola, *Comunione dei beni fra coniugi* (en *Dig. it.*); Guarracino, *Della comunione dei beni fra coniugi nel dir. antico e nel c. it.* (Ap. al Laurent, *Principii*, vol. XXXIII); Ercole, *Sull'origine del regime comunitario*

nes que se refieren a su origen histórico, a su naturaleza jurídica y a su construcción dogmática.

Los que creen que la comunidad conyugal de bienes es absolutamente extraña a la costumbre italiana y contraria a la tradición romanística (que reconoce por base exclusiva el sistema dotal), han atribuído a la institución un origen germánico (1). Nuestra comunidad sería, según esto, una importación de la comunidad germánica, especialmente de la *Gemeinschaft zur gesamten Hand* (comunidad de mano común), de rasgos característicos tan peculiares, que se contraponen a la comunidad de Derecho romano. El más saliente de estos rasgos es la falta en los partícipes de un derecho a la división, surgiendo la comunidad indisoluble e indivisible por naturaleza; de modo que no puede pedirse la disolución, la inexistencia de cuotas intelectuales, pues cada comunero no es titular de una cuota propia de que pueda gozar y disponer, sino que todos ellos, conjunta y unitariamente, son titulares del todo; de aquí la idea de una organización colectiva y autónoma de los bienes que, sin determinar el nacimiento de una persona jurídica, tiene un patrimonio autónomo e independiente del patrimonio particular de cada asociado, siendo ello una manifestación del dominio colectivo. Tales caracteres, netamente opuestos a los de la *communio iuris romani* (a la que son connaturales y esenciales el derecho a la división y la pertenencia a cada socio de una cuota intelectual), confirman

nel matrimonio (*Riv. it. di sociologia*, 1909); Roberti, *Le origini della comunione dei beni fra coniugi in Sardegna* (*Riv. dir. civ.*, VII, 1915, páginas 289 y siguientes), y *Le origini romano cristiane della comunione fra coniugi*, Turín, 1919; Ercole, *Sulla forma originaria della comunione fra coniugi nel dir. medievale sardo* (en *Stud. econ. giur. di*, Cagliari, XIII, páginas 3 y siguientes); Ferrara, *Tracce della comunione di diritto germanico nel diritto italiano* (*Riv. dir. civ.*, I, 1909, páginas 498 y siguientes); Messineo, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920. Este último trabajo es, desde el punto de vista dogmático, y por lo que respecta a la estructuración de la institución en el derecho positivo italiano, el más completo, analítico y penetrante. Véase sobre él Bonelli, en *Riv. dir. comm.*, 1920, I, páginas 422 y siguientes.

(1) Así, por ejemplo, Ferrara, en el trabajo citado en la nota anterior; Chironi, *Questioni di dir. civ.*, III, pág. 494.

rían la procedencia germánica de la comunidad de bienes entre cónyuges, ya que en ésta, como en la institución germánica, falta la facultad de disolver la comunidad pidiendo la división, y, según algunos, también falta el derecho de cada cónyuge a una cuota; se adicionan, además, otras notas y características singulares de esta especie de comunidad.

Pero contra este origen pueden invocarse argumentos históricos y científicos que hacen, realmente, surgir dudas. Vestigios de comunidad conyugal no faltan en algunas regiones italianas que se sustrajeron al influjo del Derecho germánico; así en Cerdeña, en donde la antigua comunidad (*a sa sardisca*) surgió y se mantuvo (por lo menos según algunos historiadores del Derecho) como institución local autóctona (1). También en otras partes, como en Sicilia (2) y en Istria, y también aquí parece reconocer otro origen que el germano. Pero dejando a un lado el problema histórico, que es complejo y arduo (3), desde el punto de vista científico se han hecho importantes y graves objeciones a la asimilación de la comunidad de nuestro Código a la *Gemeinschaft z. ges. Hand*. Esta supone el poder de disposición atribuido a todos los comuneros conjuntamente, a la colectividad como todo; en la comunidad de nuestro Código tal poder se atribuye al marido únicamente, pues la mujer carece de facultades de administración y de disposición; aquélla excluye (según la doctrina más autorizada) la idea de cuotas ideales; ésta, en cambio, considera a cada uno de los cónyuges como titular de la propia cuota y le concede un derecho pleno en la misma; la primera, en su forma más perfecta, es comunidad de los elementos primarios del patrimonio de cada socio, comunidad en la propiedad; la segunda es comunidad de los frutos y utilidades solamente, o sea de los elementos secundarios, porque nuestra ley

(1) Sobre la comunidad en Cerdeña, véanse los trabajos de Roberti y Ercole citados al principio de este párrafo.

(2) Véase Ciccaglione, *Origine e sviluppo della comunione di beni fra coniugi in sardegna* (*Arch. stor. Sicilia occidentale*, XIV, 1917); *Contributo alla storia della comunione dei beni in Sicilia* (*Riv. it. di Sociol.*, IX, 1905).

(3) Para una exposición sintética, Salvioli, *Storia del dir. it.*, 8.ª edición, 1921, §§ 458, 459.

no admite otra comunidad universal entre cónyuges distinta de la de los frutos (art. 1.433). Queda en pie, como nota común, la ausencia de un derecho en los partícipes a pedir la división; pero este carácter que distingue la comunidad entre cónyuges de la comunidad ordinaria y de la sociedad civil no autoriza a afirmar la descendencia o parentesco de la institución que estudiamos con la de Derecho germánico, sino que se explica como una consecuencia de la perpetuidad del vínculo matrimonial de su indivisibilidad y de la inmutabilidad del régimen patrimonial elegido.

Se han ideado otras doctrinas para construir dogmáticamente la institución que nos ocupa; algunos la conciben como un patrimonio autónomo personificado, reputándola como una persona jurídica, de modo que, según esto, la comunidad sería sujeto o titular de sí misma; otros la consideran como un patrimonio autónomo desprovisto de personalidad, o sea, como un patrimonio separado que, por el fin a que se destina (las necesidades de la familia y las cargas del matrimonio) está sometido a un régimen especial, siendo su suerte y vicisitudes independientes de la suerte y vicisitudes del patrimonio particular de cada cónyuge; otros la equiparan a la sociedad civil, o mejor, la estiman como una especie de la sociedad civil, con notas y características peculiares, debidas al influjo de la relación personal, que le sirve de base y del fin que constituye su destino (1).

(1) Una posición especial frente al problema dogmático ha adoptado **Messineo**: *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, quien después de examinar y rechazar las teorías indicadas, intenta una construcción nueva cuyos elementos deriva del análisis crítico de las normas del Código y de los principios en que éstas se inspiran. Según este autor, la comunidad conyugal sería un patrimonio colectivo de destino, dotado de autonomía (y por ello netamente distinto de la sociedad civil), pero no de autonomía perfecta, es decir, sin personalidad jurídica (irreductible a persona jurídica), un patrimonio sobre el cual tienen los cónyuges cuotas ideales (distinto por esto de la comunidad germánica), pero sin que corresponda a los mismos derecho alguno de disposición (semejante en esto a la comunidad germánica) sobre el que se atribuye al marido exclusivamente la administración y que es disoluble y divisible solamente cuando se disuelve o afloja el vínculo personal entre los cón-

La que más se aproxima a la verdad es la profesada por Pothier. Excluye toda idea de personificación del patrimonio, el cual se hace común mediante el contrato de matrimonio; tampoco corresponde a su verdadera estructura la idea de una propiedad colectiva: la concibe como una sociedad civil, con notables desviaciones en su normación. El propio Código se remite a las normas propias de la sociedad civil para todo lo que los cónyuges no hubieren regulado con pactos especiales y en todo aquello que no estuviese diversamente ordenado por los preceptos de este capítulo (artículos 1.433-1.446). Las desviaciones principales consisten en la carencia del derecho a pedir la división mientras dure el matrimonio (pudiéndose pedir, sin embargo, cuando se inste la separación personal o en caso de mala administración del marido (artículos 1.441 y 1.442), en la indisponibilidad de las cuotas mientras dure el matrimonio (el marido y la mujer no pueden enajenar sus cuotas), en la unidad de administración, ya que ésta se concede al marido sin participación alguna de la mujer, en el derecho de preferencia concedido a los acreedores de la comunidad sobre el patrimonio común respecto a los acreedores de cada uno de los cónyuges; peculiaridades todas que hallan su justificación en el fin mismo de la comunidad, en la indisolubilidad del vínculo conyugal, en la cualidad de cabeza de familia, propia del marido.

La comunidad conyugal es una sociedad universal de ganancias, y como tal entra en la definición contenida en el artículo 1.702 del Código civil: «La sociedad universal de ganancias comprende aquello que las partes ganen con su industria por cualquier título y mientras dure la sociedad; los bienes muebles o inmuebles que cada socio posea al tiempo de celebrarse el contrato no figurarán en la sociedad si no es para ser gozados de modo común». Ofrece un aspecto particular en cuanto a su

yuges. No pudiendo ser equiparado a la comunidad ordinaria ni a la germánica, y careciendo como carece de personalidad, representa el punto medio entre la comunidad germánica y la sociedad civil, entre aquélla y la comunidad de derecho romano. Pero como se ve, la construcción (no obstante estos esfuerzos) es una composición híbrida, indefinida en sus líneas y de utilidad discutible

composición objetiva: no pueden figurar en la sociedad el activo ni el pasivo presentes de los cónyuges ni lo que éstos adquieran por sucesión o donación mientras subsista la comunidad, pero sí el goce de los bienes muebles e inmuebles así presentes como futuros (art. 1.435).

También ésta como otras sociedades persigue un fin de lucro, si bien la ganancia esté predestinada a procurar el bienestar de la familia. También hay en la institución que estudiamos atribución de cuotas intelectuales, aunque (por las razones ya indicadas) sus titulares, los cónyuges, no tengan la disponibilidad de ellas y no puedan transformarlas en cuotas reales pidiendo la división, porque esta facultad es incompatible con el fin mismo del matrimonio. Pero las cuotas se transforman en reales, y la división del patrimonio común se verifica al tener lugar la disolución, es decir, cuando ocurre la muerte de uno de los cónyuges (a la muerte se equipara la ausencia) y al deducirse la demanda de separación. El patrimonio común, formado con las aportaciones de los cónyuges y aumentado con las adquisiciones que tienen lugar durante el matrimonio, asume la figura de un peculio, de un patrimonio, separado de los patrimonios particulares de los cónyuges, y, por tanto, autónomo en cierto grado; signo característico de esta autonomía es la circunstancia de tener sobre él los acreedores de la comunidad un derecho preferente al de los acreedores particulares del marido o de la mujer, como se deduce del art. 1.436, según el cual, para hacer divisibles las cuotas y libre el derecho de cada cónyuge (en el momento en que la ley permite o impone la división), es requisito que el patrimonio se halle juzgado de las deudas que sobre él pesaban.

En cuanto a las normas que rigen la comunidad, hay que advertir que se reconoce a la voluntad de los esposos que la crean una cierta libertad; pero, como siempre que se trata de relaciones familiares, es esta una libertad circunscrita. Por el principio, según el cual la comunidad se rige por pactos especiales que se hacen constar en el contrato nupcial, los esposos pueden estructurarle en la forma que estimen más conveniente; la ley (artícu-

lo 1.434) contiene, sin embargo, algunos preceptos inderogables por la voluntad particular que tienden a garantizar el fin y el tipo fundamental de esta sociedad, y que están contenidos en los artículos 1.435-1.446 (por ejemplo, la indivisibilidad, la inalienabilidad de las cuotas, la concesión de la administración al marido, la exclusión de la propiedad en los bienes, la facultad de la mujer de pedir la separación judicial, etc.). Cuando la voluntad de las partes no se manifieste y se trate de relaciones no reguladas por las citadas normas, intervendrán como supletorios los preceptos que se refieren a la sociedad civil (artículos 1.697 y siguientes).

Objeto.—Abstractamente, la forma más plena y perfecta de comunidad sería aquella en que todos los bienes presentes y futuros y todo el activo presente y futuro de los cónyuges integrasen el patrimonio común; pero la ley italiana no permite extenderla más allá de los frutos de los bienes de las adquisiciones hechas por industria de los cónyuges y de los ahorros de éstos. Se ha creído ver en aquella forma más plena de comunidad que funde en una todas las fuerzas patrimoniales de los cónyuges, y que constituye idealmente la más perfecta unidad patrimonial de la familia, un peligro para la independencia económica de los cónyuges, una forma de sucesión anticipada, un compromiso de los futuros derechos de la prole venidera: peligros y preocupaciones excesivas que han contribuido a la escasa difusión de este régimen restringido y angosto, y, por ello, de escasa utilidad práctica.

Excluida de la comunidad la propiedad de los bienes (artículo 1.433) y excluidos también el activo y pasivo presentes de los cónyuges, así como las adquisiciones de éstos por causa de sucesión o donación durante la comunidad (art. 1.435), ésta puede comprender solamente:

a) El *goce* de los bienes muebles e inmuebles presentes o futuros pertenecientes a cada uno de los cónyuges, los cuales conservan su propiedad separada (art. 1.435). Pero, por efecto de la aportación, esta propiedad queda vinculada, porque se asegura a la comunidad el goce de tales bienes y un usufructo

que dure lo que dure el matrimonio (salvo el caso de separación judicial). Esta vinculación determina el que el cónyuge pierda durante la comunidad la libre disponibilidad de los bienes aportados, ya que substrayéndolos a la misma provocaría (en todo o en parte) la disolución, la cual está absolutamente prohibida (artículo 1.441). El derecho de goce, que constituye el núcleo fundamental de la sociedad, se manifiesta en el uso de los bienes y en el aprovechamiento de sus frutos naturales y civiles.

b) Los *productos y frutos del trabajo y de la industria común* (1) de los cónyuges, en cuanto que éstos representan el resultado de actividades cooperantes a la mayor prosperidad de la familia (art. 1.436).

c) Las *adquisiciones* hechas conjunta o separadamente por los cónyuges de nuevos bienes durante la comunidad con los productos de la industria común, o con el sobrante de los frutos de la comunidad, o el ahorro de los frutos o de los ingresos de los cónyuges (art. 1.436). Se excluye toda otra adquisición de bienes hecha en virtud de sucesión o donación, y los bienes enumerados entran en la comunidad para procurar su goce, es decir, su uso directo y el de los frutos que produzcan. Se prohíbe el que originariamente sea objeto de la comunidad la propiedad de los bienes de uno y otro cónyuge, pero una vez constituida aquélla puede ser objeto de la misma la propiedad de los bienes (muebles o inmuebles), en cuanto ésta resulte adquirida con las utilidades o frutos.

Esto por lo que concierne al *activo* de la comunidad. El *pasivo* resulta integrado con los siguientes elementos:

a) *Gravámenes y cargas* impuestos sobre los bienes cuyo goce se aporta, tales como impuestos, gastos de conservación y de administración, intereses de las deudas por las que tales bienes responden.

b) *Gastos domésticos*, como el sustento, habitación, vestido de los cónyuges, los que tengan por objeto mantener, educar e

(1) Según algunos, Messineo, por ejemplo, *ob. cit.*, pág. 187, n. 3, también los de la industria y trabajo separados, pero el texto de la ley no autoriza a tal extensión.

instruir la prole, y, en general, todos los *onera matrimonii*; a que se destina el patrimonio común.

c) Los *intereses* de las deudas personales de cada cónyuge que venzan y se devenguen durante la comunidad; la ley excluye que el pasivo personal y presente, o sea el existente al iniciarse la comunidad, entre a formar parte de ésta; excluye también que forme parte de la misma el pasivo de la sucesión diferida o de la donación hecha a uno de los cónyuges durante la comunidad (art. 1.435); pero no excluye ni puede excluir el que los intereses de este pasivo personal graven la comunidad, porque las utilidades de ésta requieren necesariamente la previa detracción de sus gravámenes, entre los cuales figuran los intereses.

d) Las *deudas personales* contraídas por el marido o la mujer durante la comunidad, por la sencilla razón de que los frutos de los bienes y los productos de la industria y del trabajo sólo resultan tales *deducto aere alieno*.

e) Finalmente, *las deudas de la comunidad*, o sean las que el marido, como gestor de ésta, hubiese contraído.

Esta es la composición normal del patrimonio común; pero la ley atribuye eficacia a la libre voluntad de las partes (dentro de límites infranqueables), y, por tanto, de un pacto especial puede derivar una composición diversa, con tal que no amplíe excesivamente el alcance de la comunidad y siempre que no determine la existencia de una comunidad universal de bienes que, como se dijo, está legalmente prohibida. Puede constituirse una comunidad combinada con el régimen dotal; el resultado de esta combinación será que sobre los frutos de la dote no tendrá el marido la libre disponibilidad, y que el excedente de los mismos, después de cubiertas las necesidades familiares, deberá revertir en la comunidad. Puede pactarse una comunidad más restringida, limitándola a los frutos de los bienes y excluyendo de ella los productos de la industria o del trabajo común.

Como quiera que sea la composición requisito necesario (común a toda convención matrimonial) es que la comunidad se constituye mediante otorgamiento de documento público (artículos 1.433 y 1.382) sin que pueda pactarse que no comience

el día mismo de la celebración del matrimonio (art. 1.433). Para mayor seguridad de los terceros la ley exige que antes del matrimonio se haga una descripción auténtica de los bienes muebles pertenecientes a cada uno de los cónyuges y también de los muebles que entraran a formar parte de la comunidad, para distinguir los personales de los cónyuges (que les pertenecieren originariamente o que hubiesen adquirido luego por donación o sucesión) de los adquiridos con los frutos o productos, que deben incluirse en la masa común. Sanción a la inobservancia de este precepto es la presunción establecida por la ley de que los bienes muebles se consideran adquisiciones de la comunidad (artículo 1.437); pero esta presunción es *iuris tantum*, puesto que admite la prueba en contrario.

Cuotas, administración y goce.—Es indudable que cada cónyuge tiene sobre los bienes que constituyen la comunidad un derecho propio representado por una cuota ideal o medida de coparticipación en el todo. Estas cuotas se presumen iguales según la regla general de toda sociedad. Pero no se prohíbe el pacto por el que se establece la desigualdad de cuotas: los esposos pueden convenir su participación por cuotas desiguales en las utilidades o que el sobreviviente de ellos descuenta en su propio beneficio una determinada porción de las utilidades (*anteparte*), distribuyéndose el resto en partes iguales (art. 1.440, párrafo 1.º). A este pacto que abstractamente considerado hace pensar en una liberalidad en favor del cónyuge a quien se asigna la porción mayor o el derecho a verificar el citado descuento en beneficio propio, se niega el valor de acto de liberalidad, estando sustraído por su esencia o por su forma a las reglas propias de la donación. La libertad de pactar una distribución desigual no puede llegar hasta reputar admisible el pacto por el que se establezca que uno de los cónyuges contribuya al pasivo en una parte mayor de la que corresponda en el activo (art. 1.400, párrafo 1.º); si se permitiera dicho pacto se constituiría una sociedad leonina, que aun en la sociedad común es prohibida (artículo 1.719).

Los cónyuges son titulares de las cuotas iguales o desiguales,

según el pacto, pero no pueden durante la comunidad disponer de ellas ni pedir su conversión de intelectuales en reales, porque esto equivaldría a disolver la comunidad y ésta es por naturaleza perpetua. En este respecto la posición del marido y la de la mujer son iguales, pero, en cambio, hay desigualdad en cuanto al goce y a la administración, porque esta última facultad no corresponde en modo alguno a la mujer, y aquélla le corresponde sólo de modo indirecto y mediato en cuanto que goza de los bienes comunes solamente a través de la persona del marido. Esta especial posición del marido con respecto a la de la mujer no es otra cosa que aplicación del principio general que considera al marido como cabeza y guía de la familia; por esta razón procede atribuirle todos los poderes de administración y representación del patrimonio común; sólo el marido, dice el artículo 1.438, puede administrar los bienes de la comunidad y comparecer en juicio como actor y como demandado en orden a las acciones concernientes a aquélla.

No puede el marido, en cambio, como ya dijimos, enajenar la propia cuota, ni los bienes de la mujer cuyo goce se le concede, porque estos bienes no le pertenecen; sólo le es permitido enajenar o hipotecar aquellos cuya propiedad es objeto de la comunidad y siempre que la enajenación sea a título oneroso (excluyéndose las enajenaciones gratuitas); y esto se explica por la utilidad que puede reportar la conversión de estos bienes cuyo equivalente revertirá en la comunidad. En estos actos de gestión (dentro siempre de los límites predichos) y de disposición, el marido representa el interés de ambos cónyuges, o mejor, el interés superior de la familia, es una garantía otorgada a la mujer la facultad que ésta tiene de pedir la separación de bienes en caso de mala administración por el marido (artículo 1.442) (I).

(1) La exclusión de la mujer de la administración de los bienes comunes no es un signo de su inferior capacidad o de su inferioridad jurídica, sino mera consecuencia de atribuirse al marido la condición de cabeza de familia. Por lo demás, nada se opone a que de hecho la mujer participe en la gestión de la cosa común; es más, hay que suponer que un régimen como el que estudiamos, en el que hay efectiva cooperación

Hay, pues, en el régimen que examinamos tres patrimonios que deben distinguirse para valorar el pasivo y para determinar las responsabilidades, los derechos correspondientes a los cónyuges y a los terceros: el patrimonio particular del marido, el de la mujer y el de la comunidad. Los principios generales que rigen en la materia (salvo algunas excepciones como la del caso de ser un cónyuge comerciante, artículos 14 (hoy abrogado) y 782 del Código de Comercio) son: que las utilidades de la comunidad, entendiéndose las utilidades netas, no pueden resultar si no es reduciendo todos los gastos que pesan sobre la comunidad y los créditos de los propios cónyuges; que los acreedores de la comunidad tienen sobre los bienes de la misma un derecho de preferencia con relación a los acreedores de los cónyuges; que el marido en cuanto es gestor del patrimonio común y titular del suyo particular está expuesto a la acción de los acreedores personales y de la comunidad, sin limitación alguna, y en cambio la mujer no puede ser demandada nunca por los acreedores de la comunidad.

Disolución.—Como del régimen dotal, también de ésta es fin natural y normal la disolución del matrimonio, o sea la muerte de uno de los cónyuges. Excepcionalmente este fin puede ocurrir por la ausencia, por la separación judicial de los bienes y por la separación personal (art. 1.441) (1). La muerte extingue con las relaciones personales las patrimoniales. La ausencia es sustancialmente una cesación de hecho, o por lo menos una suspensión en la vida conyugal, de modo que si no extingue el vínculo matrimonial imposibilita la subsistencia de una hacienda común, sobre todo cuando esté ausente el marido, pues en tal caso no podrá éste ejercitar la facultad de administrar. La separación judicial de bienes es un remedio y una tutela otorgada a la

y aportación continua de valores por uno y otro cónyuge, se dé una participación en la gestión a favor de aquélla que es un factor común para obtener la fusión y armonía más perfectas.

(1) Algunos enumeran entre estas causas la quiebra de uno de los cónyuges, especialmente del marido, Bonelli, *Il fallimento*, II, pág. 527. Pero, ¿es posible añadir otras causas a las taxativamente enunciadas en la ley?

mujer por las mismas causas por las que puede pedir la separación de la dote: la mala administración de la comunidad por el marido; el desorden en los negocios con el que ponga en peligro los intereses de la mujer (art. 1.442). También pueden pedir la separación los acreedores cuando obren autorizados por la mujer (art. 1.421). Finalmente, también la separación personal de los cónyuges puede ser causa de disolución y también aquí (como en la dote) en el sentido de que la mujer tiene facultad de demandar sin necesidad de alegar peligro alguno ni de acusar al marido de mala administración, y en cuanto haya separación de cuerpos, la disolución de la comunidad, la cual puede subsistir, sin embargo, entre los cónyuges separados.

Pero a diferencia de la dote se autoriza, en los casos de ausencia y de juicio de separación, una restauración para restablecer la relación personal en toda su plenitud (reconciliación de los cónyuges y regreso del ausente), otorgando para ello los cónyuges un nuevo documento público, el cual hace resurgir aquella relación inmediatamente como si jamás se hubiese interrumpido (efecto retroactivo), respetándose, no obstante, los derechos adquiridos por los terceros durante la separación, y la hace resurgir con los mismos pactos y condiciones de antes, ya que está prohibido el renovarla estipulando otros pactos: esta prohibición responde al principio de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales (art. 1.443).

Con la disolución se *realiza* el derecho pleno y absoluto de cada cónyuge en su propia cuota. La disolución implica, en efecto, división del patrimonio común y transformación de las cuotas de ideales en reales. A la división (que se ejecuta según las normas ordinarias de la división en los casos de comunidad y de sucesión) sólo está sujeto el patrimonio de la sociedad conyugal. De este patrimonio deben separarse las cosas que sean de la propiedad particular de los cónyuges. Cada uno de éstos separará para sí las cosas que le pertenecían y ellos o sus herederos, podrán siempre, no obstante la presunción sentada por el artículo 1.437 (omitida en la descripción de los bienes muebles), probar con todos los medios autorizados por la ley, el que determi-

nados muebles eran de su propiedad particular antes de constituirse la comunidad, o que los adquirieron durante ésta por sucesión o donación (art. 1.445, párr. 1.º). Además, en favor de la mujer (y de sus hijos o herederos) se permite recurrir a la prueba testifical siempre que se trate de una cantidad que supere las 500 liras (hoy 2.000) en orden a las cosas que hubieren adquirido por título de sucesión o de donación (art. 1.445, párrafo 1.º); y pueden repetir, detrayéndolo de la masa, el valor de las cosas muebles pertenecientes a la mujer que no existan en especie al tiempo de la división, probando suficientemente dicho valor (art. 1.445, párr. 2.º). En las relaciones con los terceros la detracción a que se ha aludido no puede hacerse si no es observando el precepto del art. 1.437, el cual fué redactado para proteger a los terceros: en defecto de inventario o descripción de las cosas muebles o de otro título auténtico de propiedad, los terceros que hubieren contratado con el marido como administrador de la comunidad, no deben sufrir perjuicio alguno y podrán, por tanto, dichos terceros ejercitar su acción contra la masa. La mujer (o sus herederos) que sufran por causa de esto algún perjuicio, tendrán acción de reembolso contra la porción de la comunidad que corresponda al marido y subsidiariamente sobre los bienes particulares de éste (art. 1.446).

Disuelta la comunidad y hecha la división, cada uno de los cónyuges adquiere la propia cuota, deducidos que sean previamente los créditos de los terceros contra la comunidad; y cuando ésta no bastase a satisfacer dichos créditos, responderán subsidiariamente los cónyuges con sus patrimonios particulares, porque la cuota real del cónyuge en la comunidad se traduce en este caso en un pasivo. Pero en esta hipótesis se otorga a la mujer un singular beneficio, el cual halla su razón de ser en el hecho de que la mujer no tiene la administración; sin embargo, este beneficio constituye una verdadera anomalía con relación a los principios generales: al disolverse la comunidad, la mujer puede renunciar a la comunidad o aceptarla con beneficio de inventario con tal de que se sujete a las normas prescritas para la renuncia a la herencia y para el beneficio de inventario (ar-

título 1.344). Con este medio la mujer o sus herederos se exoneran de toda responsabilidad, recayendo ésta enteramente sobre el marido y su patrimonio (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—La comunidad de ganancias regulada en el Código civil italiano (artículos 1.433-1.446) es análoga a la *sociedad de ganancias* que nuestro Código civil establece (artículos 1.392-1.431) como régimen legal de los bienes en el matrimonio, en defecto de estipulación entre los cónyuges (art. 1.315, párr. 2.º).

Este régimen se inicia el mismo día del matrimonio, siendo nulos los pactos en contrario, y por él hacen suyos los cónyuges por mitad, al disolverse el matrimonio o declararse la separación de bienes, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el mismo matrimonio (artículos 1.393, 1.932, 1.417 y 1.434).

Como sociedad de ganancias, conservan los cónyuges la propiedad de sus bienes privativos, teniendo este concepto los aportados como tales al matrimonio y los adquiridos, subsistiendo éste a título lucrativo o subrogados en lugar de bienes propios (artículos 1.396 a 1.400 y 1.402), coexistiendo junto a éstos otros que constituyen el capital social integrado por los productos de los bienes propios o de la sociedad o del trabajo o industria de los cónyuges, los bienes adquiridos con tales productos y los incrementos y mejoras de los bienes propios de cada cónyuge obtenidos por aplicación a ellas de fondos sociales (artículos 1.401 y 1.403 a 1.406), y, en general, todos los bienes del matrimonio, mientras no se demuestre que son privativos del marido o de la mujer (art. 1.407).

Los bienes gananciales están afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, respondiendo de las obligaciones válidamente contraídas por cualquiera de los cónyuges mientras aquél subsista, mas no de las anteriores al matrimonio, a no ser que el cónyuge deudor carezca de bienes propios bastantes y siempre salvo el cómputo que de lo pagado ha de hacerse al liquidarse la sociedad (artículos 1.408 a 1.411).

La administración de los bienes gananciales corresponde al marido, quien puede también gravarlos o enajenarlos, mas por testamento sólo puede disponer de la mitad no pudiendo donarlos sino a los hijos o moderadamente para objetos de piedad o beneficencia y sin reservarse el usufructo (artículos 1.412 a 1.415). La mujer no puede obligar los bienes gananciales sin autorización del marido, salvo que se le haya transmitido la administración o por los gastos usuales de la familia (art. 1.416).

La sociedad de gananciales se extingue por muerte de uno de los cónyuges, por nulidad del matrimonio o divorcio, por haber sido declarada la ausencia de un cónyuge o por condena a pena que lleve consigo la interdicción civil (artículos 1.417 y 1.433).

La extinción de la sociedad determina su liquidación y partición (artículos 1.418-1.431), precedida aquélla de la formación del inventario, salvo renuncia a los beneficios de la sociedad hechos en tiempo hábil y en escritura pública (quedando a los acreedores el beneficio que concede el art. 1.001) y salvos también los casos de nulidad de matrimonio con mala fe de uno de los cónyuges o en los que haya precedido la separación de bienes (artículos 1.418 y 1.394, § 2.º).

Formado el inventario, en el que no se incluirá el lecho conyugal ni las ropas que usaba de ordinario el matrimonio, se abonará a la mujer la dote y los parafernales, deduciéndose del capital inventariado las cargas a que estén afectos los bienes de la sociedad, se abonará al marido

§ 113.—B. *Relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Régimen de separación de bienes*

Brugi, *Ist.*, 80, c; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 773; Chironi, *Ist.*, II, §§ 395, 405; Zachariae *Man.*, III, §§ 502 y 511; Aubry y Rau, *Cours*, VIII, §§ 351, 352, 541; Planiol, *Traité*, II, n. 1.426 y siguientes; Windscheid, *Pand.* 2, § 507 (1).

Cuanto de complejo (y aun de complicado) tienen los regímenes estudiados, tiene de sencillo el de separación de bienes; y se ha simplificado éste aún más cuando con la abolición de la autorización marital se suprimió toda ingerencia del marido en los bienes propios de la mujer. Simplificación, pero no mejora del régimen, como ya dijimos en otro lugar; y como con este sistema se hacen uno a otro extraños los patrimonios de ambos cónyuges, se rompe aquella unidad de dirección a que respondía la autorización marital y se niegan la cohesión y la cooperación que deben tener y realizar las fuerzas patrimoniales del marido y la mujer.

Separación de bienes es aquel sistema por el que cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disponibilidad de los propios bienes, los cuales no están sujetos a vinculación alguna ni destinados de un modo especial al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Están sujetos a estas cargas, pero del mismo modo genérico con arreglo al cual se distribuyen entre marido y mujer las cargas de la convivencia y los gastos de mantenimiento y educación de la prole: la mujer con sus bienes libres contribuye a las cargas del matrimonio en proporción a sus disponibilidades (artículos 1.426 y 138). Subsistiendo, no obstante, la obligación del marido de proveer a todas las necesidades de la mujer en proporción también de sus disponibilidades (art. 132).

su capital, constituyendo el resto el haber líquido de la sociedad, que se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos.

Las reglas del contrato de sociedad regirán en todo lo no previsto en el capítulo que el Código dedica a esta sociedad de gananciales (artículo 1.395).

(1) Véase también Benoit, *Traité des biens paraphernaux*, 1846.

Parafernales son (dice el art. 1.425) todos los bienes de la mujer que no hubieren sido constituidos en dote. Lo son, por tanto, aquellos que no están incluidos en la dote o en la comunidad o todo el patrimonio de la mujer cuando ésta no hubiere estipulado capitulaciones matrimoniales; con menos palabras, todos los bienes libres. De éstos conserva la mujer el dominio, la administración y el goce, sin ingerencia del marido en la administración ni en la disposición de los mismos; recíprocamente, la mujer tampoco puede ingerirse en los bienes del marido. Sin embargo, se permite la ingerencia del marido frecuentemente y como intervención de hecho, pero puede ser esta intervención legal también, cuando el marido hubiere recibido mandato de la mujer (art. 1.427).

Si existe mandato, éste puede contener la cláusula por la cual se obliga al marido a rendir cuentas del empleo de los frutos, o no contenerla. De este modo pueden darse tres hipótesis distintas, a las cuales se refiere la ley en los artículos 1.428 y 1.429:

a) El marido administra en virtud de mandato de la mujer con la obligación de rendir cuentas de los frutos: en este caso tiene el marido las mismas obligaciones que el mandatario y responde ante ellas como cualquiera otro mandatario (art. 1.428), según las reglas ordinarias del procurador (art. 1.745). b) El marido administra en virtud de mandato, sin tener la obligación de rendir cuentas de los frutos; él y sus herederos están obligados en caso de demanda de la mujer o de disolución del matrimonio a entregar los frutos subsistentes, no los ya consumidos (art. 1.429). c) El marido administra y goza los bienes sin mandato, pero sin oposición de la mujer; se estima que en este caso hay un mandato tácito sin la obligación de rendir cuentas y se aplica la misma norma anterior, o sea que hay obligación de restituir los *fructus extantes* (art. 1.429).

Pero en el caso de haber originariamente un mandato posteriormente revocado, o en el de no haberlo, es concebible el hecho de que el marido asuma, contra la voluntad de la mujer, la administración y el goce de los bienes de ésta: la oposición de la mujer, con tal de que sea cierta y demostrable, basta a justificar

el que se considere el marido como poseedor de mala fe e implica el deber en éste o en sus herederos de devolver además de los frutos *extantes*, los *consumpti* (art. 1.430) (1).

La gestión de los bienes parafernales (haya o no mandato), además de las responsabilidades finales, implica obligación durante la misma. La ley las resume todas remitiéndose a la figura del usufructo y declara que sobre el marido pesan todas las obligaciones que pesan sobre el usufructuario (art. 1.431). Pero de esto no se puede sacar la consecuencia de que el goce de los bienes por el marido sea equiparable al del usufructo, puesto que difieren la naturaleza jurídica y el contenido respectivo. La ley recurre a esta figura únicamente para determinar las obligaciones y siempre que se trate de verdadero y propio goce por el marido, no de mera administración por cuenta ajena.

Aunque el caso sea menos frecuente, puede ocurrir que la mujer administre y goce los bienes del marido; al reproducirse en este caso las mismas hipótesis anteriormente examinadas, se aplicarán respecto a su responsabilidad y a sus obligaciones (de la mujer) las mismas transcritas (art. 1.432).

Importancia muy notable tenía en este régimen la institución de la autorización marital que templaba los inconvenientes derivados de la separación; pero dicha institución fué abolida por la ley de 17 de Julio de 1919, núm. 1.176, quedando suprimidas cuantas disposiciones de los Códigos civil y de Comercio hacían referencia a ella.

Al lado del régimen de separación, como régimen ordinario figuran los casos de separación judicial como remedio para que cese el régimen dotal o el de comunidad. Pero las normas respectivas difieren entre sí (2).

(1) El art. 1.430 no hace alusión a los frutos *percipiendi* y por ello deben estimarse éstos excluidos de la obligación.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. —El régimen de absoluta separación de bienes de los cónyuges sólo se conoce en nuestra legislación — fuera del caso de opción por tal sistema — como sanción, en los matrimonios contraídos contra las prohibiciones del art. 45 (art. 50, regla 1.^a), mas esto no quiere decir que se desconozcan en nuestro Derecho bienes cuyo dominio y administración corresponda en principio a la mujer; existen, y, como en el Código italiano, se llaman parafernales. Estos bienes son los

§ 114.—*Disolución del matrimonio y separación de los cónyuges*

Brugi, *Ist.*, § 82; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 353; Chironi, *Ist.*, II, §§ 406, 407; Zachariae, *Man.*, III, §§ 443-466; Aubry y Rau, *Cours.*, VII, §§ 473-490; Planiol, *Traité*, I, números 1.131 y siguientes, números 1.290 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 510-512.

Tres especies diversas de causas extintivas o perturbadoras, que responden a tres conceptos jurídicos diferentes, pueden distinguirse en el matrimonio: la disolución, la anulación y la separación. Cada uno de estos modos de extinción difiere de los demás por su causa, por los efectos que produce y por su intrínseca naturaleza jurídica. *Disolución* es la cesación del vínculo conyugal que ha existido legalmente; ya reconozca por causa la muerte, la ausencia o el divorcio, debe ser siempre posterior a la celebración, nunca anterior o simultánea a ésta. Su efecto no es otro que la extinción del vínculo en el momento en que intervie-

que aporta la mujer al matrimonio sin incluirlos en la dote y los que adquiere después de constituida ésta sin agregarlos a ella (art. 1.381). La mujer conserva el dominio de los bienes parafernales, mas no puede enajenarlos, gravarlos ni hipotecarlos sin licencia marital, ni comparecer en juicio para litigar sobre ellos sin dicha licencia, a menos que sea judicialmente habilitada al efecto, pudiendo el marido exigir el depósito del metálico, efectos públicos o muebles preciosos, cuya administración tenga la mujer, para que ésta no pueda enajenarlos o pignorarlos sin su consentimiento (artículos 1.382, 1.387 y 1.388).

La administración de los parafernales puede ser ejercitada por la mujer o transferida al marido, quien la ejercerá con arreglo a las normas relativas a bienes dotales inestimados, no pudiendo enajenar por sí los bienes sin intervención o consentimiento de la mujer, y si con tal intervención los enajenase, la mujer podrá exigir constitución de hipoteca en garantía del precio que recibió el marido (artículos 1.384, 1.389 y 1.390).

Los frutos de los bienes parafernales están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio y también lo estarán los bienes mismos por los gastos usuales de la familia causados por la mujer o de su orden con la tolerancia del marido si los bienes del marido y los dotales no son suficientes para cubrir esas responsabilidades; solamente responderán de las obligaciones personales del marido los frutos de los parafernales cuando se pruebe que aquéllas redundaron en beneficio de la familia (artículos 1.385 y 1.386).

La devolución de los bienes parafernales cuya administración se transfirió al marido, tendrá lugar en los casos y en la forma prescrita para la de los dotales inestimados (art. 1.391).

ne o es reconocida la causa de disolución (muerte, sentencia que declare la presunción de muerte del ausente, sentencia de divorcio), respetándose, en cambio, los efectos (personales o patrimoniales) que se hubieren producido hasta el momento de la disolución. *Anulación* es la destrucción del vínculo conyugal, el cual sólo aparentemente ha existido, porque legalmente tal vínculo era imperfecto (y si se trata de nulidad, inexistente para el derecho); sus causas son los vicios que acompañan o preexisten a la celebración (y en caso de nulidad, la falta de elementos esenciales o la violación de impedimentos absolutos), por tanto, causas siempre anteriores o simultáneas a la celebración, jamás sobrevinidas. Su efecto es suprimir el vínculo conyugal como si no lo hubiere habido nunca, destruyendo los efectos que se hubieren producido ya, salvo las normas referentes al matrimonio putativo. *Separación* es, finalmente, una suspensión (temporal o permanente) de las principales manifestaciones del matrimonio—la convivencia, la asistencia mutua, la subordinación de la mujer al marido—sin que cese o se exinga el vínculo conyugal y con posible repercusión en las relaciones patrimoniales si acompaña a ella la separación de bienes. Sus causas son hechos distintos de aquellos que determinan la disolución o anulación y no produce efectos substanciales y permanentes comparables a los producidos por dichas disolución o anulación.

De la anulación (y de la nulidad) del matrimonio se trató ya (§ 108); de la separación de bienes se trató al estudiar el régimen dotal y el de comunidad (§§ III, 112). Debemos ocuparnos aquí de la disolución y de la separación personal.

I. *Disolución del matrimonio*.—La causa única de disolución del matrimonio según nuestro Código (art. 148) es la muerte.

No lo es la ausencia, porque ésta, por muy duradera que sea, no determina jamás en nuestro Derecho la declaración de muerte del ausente (1). Excepcionalmente para los desaparecidos en la guerra se admitió por la ley de 15 de Agosto de 1919, número 1.467, la disolución del vínculo conyugal, y se autorizó al cónyuge desaparecido para contraer nuevo matrimonio; y ello

(1). Contrariamente en otros Códigos extranjeros.

porque en orden a tales desaparecidos se admitió la presunción y declaración de muerte. Pero esta disolución es condicionada a la existencia de un segundo matrimonio y al no regreso del ausente; si el cónyuge del desaparecido no contrae nuevo matrimonio, subsiste el anterior (aunque apenas si surte algún efecto jurídico); si el ausente regresa, el segundo matrimonio puede ser anulado y el anterior resurge. Y se condiciona dicha disolución al no ejercicio de la acción de anulación, puesto que si vuelve, pero ninguno de los tres interesados ejercita la acción de impugnación, el primer vínculo conyugal no se restablece porque vive el segundo que excluye necesariamente al anterior por la incompatibilidad absoluta de los dos vínculos en la misma persona.

Tampoco el divorcio es causa de disolución. Nuestra ley ha rechazado de un modo absoluto esta institución por estimarla peligrosa y contraria al buen orden de las familias. Este sistema rígido que no acepta motivo alguno por grave e imponente que sea de disolución del matrimonio en vida de los cónyuges, fué acogido por el legislador de 1865, no sólo a imitación de la legislación francesa—la

Código napoleónico, lo abolió bien pronto con la ley de 8 de Mayo de 1816 (y no fué reestablecido sino 70 años más tarde por la ley de 27 de Julio de 1884)—, sino también por razones objetivas, por respeto a la tradición y al sentimiento y al pueblo italiano. Son dignas de recuerdo las discusiones, que tuvieron entonces, entre partidarios y enemigos del divorcio y que condujeron a la absoluta exclusión de éste para garantizar el orden y solidez de las familias. Dichas discusiones se han renovado muchas veces siempre que, con proyectos o proposiciones de ley (1), se ha intentado modificar el régimen vigente introduciendo en Italia el divorcio.

(1) De 1876 a 1880 se presentaron cuatro proyectos de ley a la Cámara por Morelli; uno en 1881 por el guardasellos Villa; otro por el mismo como Diputado en 1903; en 1901 fué presentado otro por Berenini y Borciani, y en 1902 otro por los Ministros Zanardelli y Cocco-Ortu; el último fué presentado por Mazangoni y Lazzarí. Ninguno llegó a ser discutido en las dos Cámaras.

Los partidarios de la reforma defienden ésta recurriendo a la lógica, a la ética, la política, al derecho comparado. Si el matrimonio es un contrato no hay razón que pueda justificar el que como todo otro contrato no pueda disolverse por mutuo disenso. El vínculo conyugal debe ser permanente, duradero, pero en tanto subsistan las condiciones objetivas y subjetivas que hacen posible la convivencia y armónicas la coexistencia y cooperación de ambos cónyuges. Constreñirlos a la vida común y ligarlos de un modo perpetuo cuando sea insoportable la cohabitación, es atentar contra el orden de la familia y provocar el desorden, el adulterio, el concubinato. Se citan los casos más graves: el del cónyuge que enloquece o es condenado a cadena perpetua o a otra larga pena restrictiva de la libertad personal, o el del que ha contraído una enfermedad incurable repugnante o contagiosa, el del que sea impotente con impotencia manifiesta y perpetua contraída con posterioridad al matrimonio, el del que ha atentado contra la vida del otro cónyuge, el del que está ausente. Se recurre al adulterio estimándolo una ofensa grave, una perturbación profunda de la vida familiar. Se invoca el ejemplo de las legislaciones extranjeras que en su mayoría admiten el divorcio, y se recuerda que en Europa solamente tres Estados lo rechazan: Italia, España y Portugal, debido a su gran catolicismo, mientras Austria lo admite para los acatólicos. Se afirma, finalmente, que en Italia la aversión al divorcio está fomentada y sostenida por la creencia religiosa y por el partido católico que ven en la indisolubilidad del matrimonio un reconocimiento del dogma de la Iglesia y del principio evangélico *Quod Deus coniunxit homo non separet*, lo que se opone abiertamente a los principios del Estado laico.

Todas estas razones son en parte falsas y en parte artificialmente exageradas, y en su conjunto revelan una visión unilateral y apasionada de tan grave problema. Lo demuestra el hecho de que siempre que se ha suscitado esta cuestión, las discusiones han surgido idénticas por el antagonismo entre el Estado y la Iglesia, entre el partido católico o clerical y el liberal o socialista. Y, sin embargo, la indisolubilidad, aun cuando

tradicionalmente se ofrezca como un producto de las enseñanzas de la Iglesia, rige en nuestro Derecho independientemente de la idea religiosa; fué declarado expresamente en las discusiones parlamentarias que precedieron al Código, el principio de la indisolubilidad en nuestro Derecho no halla su justificación en las creencias religiosas, sino en razones superiores que se refieren al orden ético y político de la familia y del Estado. Es un error el admitir el mutuo disenso fundando éste en la naturaleza contractual del patrimonio, porque (como se vió en lugar oportuno) es falsa la premisa. Esto fué puesto ya de relieve por Vigliani en su relación al Senado (1): «no es exacto llamar contrato al matrimonio por fundarse éste sobre el consentimiento de los cónyuges...; el matrimonio es una gran institución social que nace de la voluntad del marido y de la mujer, pero que recibe de la exclusiva e inmutable autoridad de la ley su forma, las normas que lo rigen y los efectos que produce». Hay, ciertamente, casos graves y lamentables que mueven a la piedad, y en orden a ellos o a algunos de ellos debiera admitirse el divorcio. Pero por un lado se objeta que con admitirlo se rebaja el espíritu de sacrificio que ennoblece y santifica el vínculo; por otro se opone la dificultad que entraña el discernir los casos verdaderamente graves. El problema se reduce a esta pregunta: ¿dónde detenerse en la elección y cuál el criterio para clasificar los casos que aconsejan el divorcio y los que lo rechazan? Y el peligro—aunque hubiese una ley muy restrictiva y rigurosa—consiste en la natural e irreprimible tendencia a ampliar la procedencia del divorcio aplicando a muchos casos menos graves o no graves la excepción consentida para los de verdadera gravedad: el hábito, la propensión a la disolución, harían considerar como disolubles muchos otros casos sobre los admitidos en principio. No sirve de nada el invocar las legislaciones extranjeras mientras no se demuestre que allí donde exista el divorcio, la moral pública y la solidez del organismo familiar son más elevadas y mayores que en Italia; y tal prueba no parece posible. Olvidan los partidarios del divorcio el argumento de daño

(1) Véase Gianzana, *Cod. civ.*, 1, pág. 265.

de la prole, a la que principalmente perjudica la disolución del vínculo de los cónyuges, quienes al contraer nuevas nupcias conceden sus preferencias casi siempre a los hijos del segundo matrimonio. Pero sobre todos es argumento de fuerza, no tanto, la consideración del perjuicio que causa el divorcio declarado y consumado, cuanto la del peligro que su posibilidad representa: la seguridad que los esposos tienen de que por una u otra causa pueden demandar, el divorcio haría más precipitados e irreflexivos los matrimonios y los cónyuges se sentirían también más inclinados a aumentar los motivos de las disensiones y discrepancias. Ya lo dijo Pisanelli en su discurso en el Senado (1): «Apenas si necesito decir que el nuevo Código no admite el divorcio. El divorcio produce graves daños, más graves aún para los hijos que para los cónyuges; el más grave de los perjuicios que entraña es el que implica la posibilidad. Si la ley fijase en el dintel del matrimonio y en su seno la ley del divorcio, esta idea empañaría la santidad de las nupcias, su honestidad; tal idea se convertiría dentro del hogar doméstico en una continua y amarga sospecha» (2).

La prohibición del divorcio es absoluta, de modo que el Juez italiano no podría declarar éste en orden a cónyuges extranjeros cuya ley nacional lo admitiese; con más razón aún, no podrá declararlo si se tratara de cónyuges originariamente italianos que luego se nacionalizasen en el extranjero. Y ello porque la familia es una institución de orden público y la aplicación de la ley na-

(1) Gianzana, *Cod. civ.*, I, pág. 10.

(2) Sobre el problema de la introducción del divorcio en Italia hay una abundante literatura monográfica, no toda valiosa, y respondiendo en su mayor parte a tendencias políticas y sociales, no a un contenido estrictamente jurídico; es una literatura ocasional florecida al tiempo de presentarse ante las Cámaras algún proyecto de ley. Descuellan, sin embargo, algunas monografías por el gran prestigio de sus autores, y a éstas limitaremos las citas: Gabba, *Pro e contro il divorzio*, Florencia, 1891; Filomusi, *Contro il divorzio* (en *Atti del III Cong. giur.*, Roma, 1897); Polacco, *Contro il divorzio*, Padova, 1892; Cimbali, *La questione del divorzio in Italia* (en *Studi di dir. civ.*, 2.^a edic., Turín, 1900). Véanse además, Gianturco, *Pref. al sistema di dir. civ.*, 3.^a edic., páginas 46 y siguientes, y en Filomusi, *Enc. Giur.*, 6.^a edic., páginas 388 y siguientes.

cional del extranjero cesa cuando dicha aplicación choca con el orden público interno (art. 12, disposición preliminar). Viceversa, si el divorcio fué declarado en el extranjero entre extranjeros, el principio de la nacionalidad que implica la necesidad de juzgar del estado personal del extranjero por su respectiva ley nacional (art. 6.º, disposición preliminar), exige que el cónyuge divorciado en el extranjero debe ser considerado como libre y facultado para contraer nuevo matrimonio en Italia.

A la sentencia extranjera de divorcio que haya de ejecutarse en Italia puede darse la necesaria ejecutoriedad mediante el correspondiente juicio; no constituye obstáculo a ello el principio del orden público, porque el Juez encargado de dar ejecutoriedad a la referida sentencia no pronuncia el divorcio, sino que reconoce simplemente el que fué legalmente pronunciado en el extranjero. Respecto a este punto tienen decisivo valor las normas contenidas en la Convención internacional de La Haya sobre divorcio y separación, celebrada el 12 de Junio de 1902 y convertida en ley italiana por la ley de 7 de Septiembre de 1905, n. 523.

Se impone, sin embargo, un límite infranqueable al reconocimiento de la sentencia extranjera para impedir que ciudadanos italianos casados cambien de nacionalidad, asumiendo la extranjera e invocando la legislación del país donde se hubieren nacionalizado obtengan en éste el divorcio y luego vuelvan a Italia, adquieran su primitiva nacionalidad y traten de dar eficacia a la sentencia de divorcio extranjera solicitando su reconocimiento. En virtud de los artículos 2.º, 4.º y 7.º de dicha Convención, debe prohibirse no sólo la readquisición de la nacionalidad italiana, si que también debe negarse ejecutoriedad en el Reino a la sentencia extranjera por haber sido ésta provocada en virtud de un fraude (I).

(1) No parece que en los últimos tiempos nuestras Cortes de Apelación hayan aplicado siempre la convención: ha habido el caso escandaloso de italianos que cambiaban de nacionalidad para conseguir el divorcio y hacer valer éste luego en Italia. Ejemplo, las sentencias dictadas en Fiume, que con facilidad se hicieron ejecutivas en el reino por nues-

II. *Separación personal* (I).—Único remedio a las perturbaciones de la vida conyugal en un sistema que no admite el divorcio, es la separación personal de los cónyuges; que puede coexistir con el divorcio en las legislaciones que lo admiten y que puede utilizarse en todos aquellos casos en que el divorcio no se permitiría. La ley, en efecto, no puede imponer ineludiblemente, por muy rígida que sea, la observancia de los deberes matrimoniales y la convivencia a dos personas que no puedan en modo alguno tolerarse; pero tampoco puede la ley desatender la interrupción de hecho por los cónyuges de las relaciones matrimoniales, confiando al arbitrio de aquéllos una decisión que tan gravemente atenta al principio de la unidad familiar. De este modo la separación personal se convierte en una institución jurídica, en un estado (aunque patológico) matrimonial que la propia ley prevé y disciplina con normas determinadas. Cuando estas normas se observan se legitima la suspensión de algunos deberes matrimoniales; en caso contrario, habrá una infracción o violación de dichas normas.

En armonía con las doctrinas canónicas, que precisamente para suavizar el rigor del principio de la indisolubilidad admitieron la separación *quo ad thorum et mensam* (o sea en cuanto al lecho y a la mesa), nuestro Código regula la separación sobre la base de dos conceptos fundamentales. Uno es el que dicha separación produce la suspensión, no de todos los deberes conyugales, sino sólo de aquellos que son más incompatibles con la enemistad que ahora existe entre los cónyuges, o sean el deber de cohabitación, el de entrega recíproca del *jus in corpus*, el de la mutua asistencia. Todos los demás deberes subsisten por difícil y penosa que sea su observancia: la mutua fidelidad, la obligación alimentaria, no cesan entre los cónyuges separados, así

tras Cortes, no obstante ser evidente que la condición de ciudadano de Fiume se adquiriría para poder efectuar el fraude. Dicho abuso se suprimió, por lo menos para Fiume, por Real decreto de 20 de Marzo de 1924, número 352.

(1) Nassol, *De la separation de corps et ses effets quant aux personnes et aux biens*, 1831; Sechi, *La separazione pers. dei coniugi nella legisl. it.*, Turín, 1894.

que es posible que uno de los cónyuges se querelle contra el otro por adulterio de éste (1). En abstracto puede decirse que subsiste el poder marital, si bien—abolida la institución de la autorización—no puede dicho poder manifestarse concretamente, ya que la mujer separada no tiene obligación de seguir al marido y adquiere un domicilio propio e independiente (art. 18). El otro concepto es que la separación, por su esencia como estado anormal y tolerado, es precaria y transitoria; puede, ciertamente, durar toda la vida, pero debe estimarse, o por lo menos desearse, que sea de duración temporal; puede hacerse cesar en cualquier momento y sin necesidad de observarse forma alguna ni de que intervenga el Juez, con sola la reconciliación de los cónyuges y el establecimiento de la vida común interrumpida. Y así, mientras la separación está sujeta a gran rigor de formas y rodeada de muchas garantías, su fin está desprovisto de toda formalidad y se consigue mediante la *reconciliación* de los cónyuges (artículos 153, 157).

Se suele decir que la separación tiene lugar por causas indicadas en la ley y en los casos que ésta taxativamente enumera. Con esto se parafrasea el precepto del art. 149 del Código. Pero este artículo dice solamente que el derecho de pedir la separación no puede ejercitarse sino en los casos determinados en la ley: se habla, pues, de la separación demandada por un cónyuge contra el otro, o sea de una contestación que surja con motivo de la disensión que turba la vida conyugal. Puede haber entre los cónyuges un acuerdo pleno sobre la necesidad de separarse uno del otro; y a este acuerdo atribuye la ley eficacia, cualquiera que sea el motivo de la disensión. Admitida, pues, la eficacia de la voluntad concorde de los cónyuges, puede decirse que la separación se permite sin limitaciones y se remite al libre arbitrio de los interesados; la fórmula usualmente adoptada (incompatibilidad de caracteres) da idea de la ilimitación de la facultad de separarse. Esto a primera vista puede parecer censurable, pero la norma se justifica con la consideración de que si los

(1) La ley (Código penal, art. 356) priva, sin embargo, del derecho de querellarse al cónyuge que hubiere dado motivo a la separación.

cónyuges llegan a tal acuerdo es porque la vida en común se les ha hecho intolerable y el impedir la realización del propósito de separarse sería inútil y tal vez dañoso al interés familiar.

Hay, pues, según nuestro Código, dos especies de separación personal: una *judicial*, que presupone una contestación e implica un juicio en el cual cada cónyuge obra como actor frente al otro; otra *consensual*, que requiere, sí, la intervención del Juez, pero sólo para la aprobación. La primera tiene lugar en sede contenciosa, por causas determinadas en la ley, y produce efectos especiales; en la otra interviene el Magistrado, en funciones de jurisdicción voluntaria, no hay causas preestablecidas y sus efectos son menos graves.

I. *La separación judicial* se demanda por un cónyuge contra el otro cuando quien deduce la demanda pretende hacer constar que el culpable es el otro cónyuge, y que sobre éste deben recaer las consecuencias desventajosas de la separación (1). La culpa (que consiste siempre en la violación de uno de los deberes fundamentales del matrimonio) es la que produce estas consecuencias: el Tribunal, al decretar la separación, comprueba la existencia de la culpa, y la ley impone sanciones al cónyuge culpable, consistentes en determinadas desventajas patrimoniales. Pero puede ser el motivo que induce a accionar un mero interés moral, y muy frecuentemente es éste el único motivo para que conste ante la sociedad la inculpabilidad del actor. Nada impide que la culpa sea recíproca y que cada cónyuge haya violado el mismo deber matrimonial, o un deber el marido y otro la

(1) Insistimos en este elemento de la culpa, porque alguien ha dudado de la necesidad de la misma para que proceda la separación judicial: Se ha dicho también que las injurias graves, las amenazas contra el otro cónyuge sin haber *animus iniuriandi* o sin conciencia de amenazar, justifican la acción de separación ejercitada por quien sufre aquéllas. Esta tesis es insostenible: la separación judicial se funda en hechos culpables, en la responsabilidad contraída por infringir deberes conyugales; el Tribunal no podría decretar la separación si declarase no haber culpa en el demandado. Queda siempre abierta la vía a la separación consensual si la vida en común se hace imposible, porque en esta vía no se toleran las indagaciones sobre la culpa. En el mismo sentido, Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 391.

mujer; en este caso, ya accionen ambos el uno contra el otro o accione uno solo, puede haber una sentencia que decrete la separación por la culpa común, de modo que cada cónyuge sufra las correspondientes desventajas y la reprobación pública, que en esta materia pesa de un modo grave (1).

Ahora bien, una leve infracción de los deberes conyugales no puede ser causa legítima de separación; sólo pueden serlo los incumplimientos graves. Y, en general, puede decirse que en la violación de los deberes hay paridad entre marido y mujer; pero la misma naturaleza de las cosas exige que haya incumplimientos que sólo son posibles por parte del marido, porque a éste solamente se impone el deber violado (por ejemplo, la negativa a fijar una residencia), o bien, cuando el deber es común a ambos cónyuges, que se infrinja por uno de ellos más gravemente que por el otro (como ocurre con el adulterio). Teniendo en cuenta los deberes fundamentales de fidelidad recíproca, de mutua estimación y mutua asistencia, tienen carácter grave los incumplimientos o infracciones siguientes, que la ley reputa causas de separación, excluyendo toda otra:

a) El *adulterio*.—Supone violación del deber de mutua fidelidad y mancilla del tálamo con relaciones sexuales impuras. La ley (art. 150) distingue entre marido y mujer, requiriendo para el adulterio del primero el concurso de ciertas circunstancias agravantes necesarias para que la mujer pueda alegarlo como causa de separación.

Efectivamente, mientras el simple adulterio de la mujer, aun cometido una sola vez, basta para legitimar la acción del marido, la mujer puede accionar por adulterio del marido solamente cuando éste mantenga la concubina en casa o notoriamente en

(1) En realidad, no podría hablarse de culpa ni de incumplimiento de los deberes conyugales en el caso de condena a una pena restrictiva de la libertad personal. Sin embargo, también esta causa puede incluirse en el concepto de culpa en cuanto que el cónyuge que sufre la pena *quiso* el delito, y al *quererle* (con su efecto punitivo) ha imposibilitado por un hecho propio la observancia de los deberes de convivencia y de asistencia mutua.

otro lugar, o cuando la relación adulterina reúna circunstancias tales, que constituya una ofensa grave para la mujer. No basta, pues, en orden al adulterio, una relación cualquiera extraconyugal, sino que precisa continuidad en la relación, la cual, por e lugar en que se consuma (domicilio conyugal), por la notoriedad o por especiales circunstancias injuriosas, ofenda gravemente a la mujer en su dignidad, provoque escándalo o ataque o perturbe de modo profundo la armonía conyugal. Diferencia que (por más que digan los feministas) está justificada y unánimemente reconocida; el peligro que la mujer introduce en el matrimonio cuando mantiene relación sexual extraconyugal, aunque ésta consista en un solo acto de adulterio, no puede equipararse al adulterio del marido, que sólo es peligroso y grave cuando asume el carácter de relación concubিনaria (art. 150).

b) *El abandono voluntario.*—Supone éste incumplimiento del deber de convivencia, y puede tal deber ser incumplido por una u otra parte. No se establece aquí diferencia alguna entre los cónyuges; lo infringe lo mismo la mujer que no siga al marido dondequiera que éste fije su residencia o que abandone la residencia fijada, como el marido que abandona a la mujer, aunque sea dejando a ésta en la casa conyugal. Pero el abandono debe ser voluntario, no forzado ni provocado por una causa ajena, y, además (aunque la ley no lo diga por suponerlo) arbitrario, injustificado. Por tanto, el momentáneo alejamiento del domicilio conyugal no legitimaría la acción de separación, ni tampoco la legitimaría el alejamiento duradero provocado por amenazas o malos tratamientos del otro cónyuge; ni tampoco, finalmente, el alejamiento injustificado con ánimo de volver, porque el *abandono* entraña una voluntad contraria al restablecimiento de la convivencia (art. 150).

c) Los *malos tratamientos* de que haga objeto un cónyuge al otro, la ley (art. 150) no emplea esta palabra, sino que habla de excesos de sevicias, de amenazas y de injurias graves. Y los intérpretes suelen considerar estos hechos como causas distintas que entrañan determinadas infracciones de los deberes de mutua estimación y asistencia. La expresión de la ley debe entenderse

como fórmula ejemplificativa, encaminada, no ya a fijar los hechos determinados que pueden ser motivos legitimadores de la acción, sino más bien a significar que los malos tratamientos deben ser de una cierta gravedad, como, *verbi gratia*, la intemperancia en las relaciones sexuales, los malos tratamientos de hecho, las violencias de toda especie, las ofensas a la dignidad y al honor, esto es, las injurias, etc. (1).

d) La *condena penal* que sufra uno de los cónyuges. Precisa que la condena sea grave, y el Código (art. 151) la determina adoptando la terminología del viejo Código penal, diciendo que ha de ser pena de cadena o reclusión perpetua de inhabilitación perpetua para el desempeño de funciones públicas, de reclusión o detención por tiempo no inferior a tres años.

La condena que autoriza el ejercicio de la acción es la que tiene lugar durante el matrimonio: quien se decide a contraer matrimonio con persona ya condenada acepta la suspensión forzosa de la vida común y el unirse en vínculo matrimonial con un delincuente. Sin embargo, la condena anterior puede ser ignorada por el otro esposo; en tal caso, la acción de separación es ejercitable (2). Esta causa de separación difiere por su fundamento de las restantes, porque sólo de modo indirecto puede hablarse aquí de culpa y de incumplimiento de los deberes conyugales; su verdadera justificación radica en el sentimiento del honor y de la dignidad que el otro cónyuge defiende, haciendo cesar la comunidad de vida y de intereses con el delincuente.

e) *La negativa del marido a fijar la residencia.*—El deber del marido de fijar la residencia y de fijarla de modo conveniente, esto es, a tenor de su posición social y de sus disponibilidades (artículos 131 y 132), del que deriva el de la mujer de acompañar al marido dondequiera que éste fije dicha residencia, pue-

(1) Confirma esto, *Venzi en Pacifici, Ist.*, VII, pág. 386, n. c., en donde puede verse como ejemplificación las aplicaciones prácticas jurisprudenciales.

(2) Pero, en realidad (y ello debiera tenerse en cuenta en la futura reforma del Código) sería más justo y socialmente más conveniente, conceder en tal caso la acción de anulación del matrimonio por error en la cualidad esencial de la persona.

de ser infringido no fijándola o fijándola de modo no conveniente. Y como este deber es unilateral, la acción de separación por esta causa corresponde a la mujer solamente (art. 152).

En los casos anteriores, la acción corresponde solamente al cónyuge y a nadie más, es intransmisible, no puede ejercitarse por subrogación, porque se trata de una relación estrictamente personal, en la que la valoración de los motivos del ejercicio de la acción no puede confiarse a un tercero, aunque éste tenga una potestad sobre el cónyuge, o sea, el representante legal del mismo (ejemplo, el tutor del cónyuge interdictado). El Tribunal, una vez admitida la demanda, comprueba si hay o no culpa, y aplica en el primer caso las sanciones establecidas por la ley; la ley prevé el caso de la culpa de ambos cónyuges y el de la culpa de uno de ellos. Respecto al procedimiento, el Código de Procedimiento civil (artículos 806-810) contiene normas especiales.

Estas sanciones, o sean, los efectos de la separación judicial son de un triple orden, pues se refieren a las relaciones personales de los cónyuges, a los bienes y a los hijos.

a) Respecto a las *relaciones personales*, el efecto fundamental consiste en la cesación de la obligación de convivencia, de las relaciones sexuales y—dentro de ciertos límites—de la mutua asistencia. Esta no cesa enteramente porque la obligación recíproca de alimentos, en caso de necesidad, no se extingue por la separación de los cónyuges. Tampoco éstos pueden eludir por la separación el deber de fidelidad. En esto es indiferente la circunstancia de la culpabilidad de uno u otro cónyuge.

b) En cambio, influye el elemento de la culpa respecto a los *efectos patrimoniales* de la separación. El cónyuge culpable pierde los lucros dotales, las utilidades que el otro cónyuge le hubiere concedido en el contrato matrimonial, el usufructo legal en los bienes de los hijos menores de edad (art. 156), el cual se transfiere (si el cónyuge culpable es el marido) a la mujer (artículo 231); pierde también el derecho de sucesión legítima (artículo 757). Por el contrario, el cónyuge inocente conserva todos estos derechos, y los conserva aunque en el contrato matrimonial se hubiere estipulado que los lucros y demás utilidades tu-

vieran carácter recíproco (art. 156, párrafo 1.º). Si la sentencia de separación reconoce culpa en los dos cónyuges, cada uno de éstos sufrirá las mismas pérdidas, salvo el derecho de alimentos en caso de necesidad (art. 156, párr. 2.º). Efectos ulteriores de la separación personal puede ser la separación de la dote y la disolución de la comunidad de bienes, como ya vimos en el lugar correspondiente.

c) Los efectos *respecto a la prole* son todavía más importantes. Rota la unidad familiar, representada por la casa común, habrá que proveer al destino de los hijos mientras no alcancen la mayor edad, así como a su protección, manutención e instrucción. La ley deja aquí un amplio margen a la discreción y a la prudencia de los Jueces y no pone límites o condiciones que se refieran a la culpa. Obliga al Tribunal a declarar cuál de los cónyuges debe tener la guarda de los hijos y proveer a su manutención, educación e instrucción; se le otorga también la facultad de ordenar, mediando motivos graves, el que se recluya los hijos en un establecimiento de educación o bajo la guarda de una tercera persona (art. 154), salvos siempre los derechos del padre y de la madre de vigilar su educación (art. 155). Podrá, pues, en el ejercicio de esta amplia facultad discrecional influir la culpa de uno u otro cónyuge y la naturaleza de la infracción; pero habrá de tenerse también en cuenta la edad y el sexo de los hijos, la condición social, la potencia patrimonial de ambos cónyuges, para adoptar las convenientes providencias y perjudicar lo menos posible a la prole.

Nada impide que ésta se distribuya entre los dos cónyuges, que se confíe (dada la tierna edad de los hijos) a la madre, aunque sea culpable, y luego al padre, que se distribuyan entre ambos cónyuges los gastos de manutención de la prole que se confía a la guarda de uno de ellos, etc.

II. *Separación consensual* (o *voluntaria*, como la llama el Código de Procedimiento civil) es aquella que sin previo juicio e independientemente de las causas que la provoquen, tiene lugar por acuerdo entre los cónyuges. Las causas pueden ser las mismas que darían lugar a la separación judicial; pero estas cau-

sas no se manifiestan y tienen el valor de simples motivos, ya que la causa (en sentido jurídico) se halla encarnada en el mutuo consentimiento. Este puede ocultar motivos leves, sinsabores o discrepancias que por sí no legitimarían la acción; causa única es la voluntad concorde de los cónyuges que acredita la intolerabilidad de la vida en común.

Porque la ley ha admitido esta segunda forma de separación se comprende y la admisión está plenamente justificada o los motivos son los que justificarían la separación judicial (renunciando el interesado a la acción y a sus efectos), queriéndose evitar el escándalo consiguiente a la publicidad del juicio; o son motivos menos graves («incompatibilidad de caracteres» es la fórmula usual para comprender éstos), no pudiéndose imponer a los cónyuges contra su voluntad la prosecución de la vida común. El único límite impuesto a la libre voluntad de los cónyuges es la necesidad de la intervención del Tribunal para autorizar el acuerdo (art. 158). A esta intervención debe preceder la exposición de las divergencias al Presidente y el intento del Magistrado de reconciliar a los cónyuges (art. 811 del Código de Procedimiento civil).

Efectos de esta separación son solamente los concernientes a las relaciones personales de los cónyuges, pues por causa del acuerdo entre éstos no se estima oportuno imponer caducidades o pérdidas de derechos patrimoniales. Respecto al destino de los hijos se proveerá en el mismo acuerdo, el cual, por esta razón, deberá ser aprobado por el Tribunal.

Reconciliación y fin de la separación.—Como el estado de separación significa una perturbación de las normales relaciones matrimoniales, la ley facilita y favorece su cesación. Esta facilidad que la ley otorga consiste en reputar suficiente para extinguir los efectos de la sentencia de separación o de la autorización de la separación consensual, un acto contrario de los cónyuges. La reconciliación de los cónyuges, como quiera que ocurra y cualquiera que haya sido la causa de su separación, es un feliz acontecimiento que, restableciendo la normalidad de las relaciones conyugales, no necesita reconocimiento ni aprobación

judicial (art. 157). Basta el reconstituir mediante la cohabitación las relaciones conyugales para que cese el estado de separación; a este fin puede agregarse una declaración expresa por la que los cónyuges renuncien a los efectos de la sentencia o a la convención que el Tribunal autorizó (art. 157). Es más, la reconciliación no sólo hace cesar la separación, sino que implica caducidad del derecho a demandarla y obstáculo al ejercicio de la acción, aun cuando dicho ejercicio se hubiere iniciado con la deducción de la demanda (art. 153). Todo esto debe entenderse con relación a las causas existentes en el momento de deducir la demanda; causas nuevas harán resurgir el derecho a demandar la separación sin que en modo alguno puedan utilizarse las anteriores que agotaron totalmente su eficacia.

Segundo matrimonio.—Disuelto o anulado el matrimonio, el cónyuge viudo, y en el caso de anulación ambos cónyuges, pueden contraer un ulterior matrimonio; en efecto, dichos cónyuges han readquirido su condición de libres y no hay motivo alguno para que la ley prohíba las segundas nupcias, si bien no las mire muy favorablemente. Se establece un único límite de tiempo con respecto a la mujer solamente para evitar la *turbatio sanguinis* y eliminar toda incertidumbre en orden a la paternidad de la prole. La mujer no puede contraer nuevo matrimonio antes de haber transcurrido, desde la muerte del marido o desde la anulación, los diez meses que comprende el término máximo legal de gestación (art. 57). Pero como es evidente, dicho límite deja de funcionar cuando la mujer hubiese dado a luz después de la disolución o anulación o cuando la anulación hubiese sido declarada por causa de impotencia manifiesta y perpetua (artículos 57 y 107), pues en ambos casos no hay peligro de incertidumbre de la paternidad.

El disfavor con que la ley mira las segundas nupcias que tiene una larga tradición en las legislaciones no a principios más o menos difundidos en la opinión pública, sino a una preocupación muy razonable por el destino de los hijos, pues ocurre muy frecuentemente que los hijos del segundo matrimonio son preferidos y antepuestos a los del primero; y

también suele ser preferido a éstos el mismo cónyuge (1). Para proteger la prole nacida del primer matrimonio contra los extravíos del sentimiento producidos por el nuevo vínculo, interviene la ley fijando límites especialmente en lo que afecta a las relaciones patrimoniales.

Una primera restricción afecta al derecho sucesorio en el conflicto que se plantea para el binubo entre el segundo cónyuge y los hijos del primer matrimonio. El art. 770 prohíbe al binubo dejar al nuevo cónyuge una porción mayor que la que hubiere dejado al hijo menos favorecido de los habidos del primer matrimonio. Una segunda restricción se refiere al usufructo legal correspondiente al padre o madre sobre los hijos menores de edad. Si el padre o madre contraen segundo matrimonio, dicho usufructo se extingue (art. 232) y los frutos y productos que produzcan los bienes de dichos hijos se reservan a los mismos y deben capitalizarse. Esta extinción es reputada por algunos como una penalidad conminada por la ley por el disfavor con que ésta mira las segundas nupcias, otros la estiman una medida de protección para los hijos del primer matrimonio en cuanto se trata de impedir que los frutos y productos de sus bienes se inviertan en provecho (y tal vez en exclusivo provecho) del segundo cónyuge y de los hijos habidos de éste, sustrayéndolos a sus legítimos titulares. Finalmente, mientras las citadas disposiciones son comunes al padre y a la madre que contraiga segundas nupcias, otras restricciones se aplican exclusivamente a la mujer y afectan a su libertad matrimonial o a su facultad de ejercer la patria potestad. La madre de hijos menores de edad que quiera contraer nuevo matrimonio debe convocar previa-

(1) Efectivamente; no son las segundas nupcias en sí y por sí lo que el legislador mira de modo desfavorable, sino sus consecuencias en orden a la prole nacida del primer matrimonio. Confirma esto el art. 850, que declara *contraria a la ley* la condición a que se sujeta un legado o una institución de heredero por la que se prohíben las primeras o ulteriores nupcias, equiparando el segundo matrimonio al primero. Otro alcance tiene la disposición contenida en los otros dos párrafos del mismo artículo: en ellos es supuesto el estado de viudez como requisito para adquirir o continuar el goce del legado o de la herencia.

mente un Consejo de familia, compuesto con arreglo a las prescripciones de los artículos 252 y 253 del Código civil. Este Consejo delibera acerca de si la mujer debe conservar la administración de los bienes y puede imponer a la mujer determinadas condiciones y hasta dictar normas relativas a la educación de sus hijos (art. 237). El Consejo de familia no es convocado para autorizar el matrimonio, el cual puede celebrarse sin la autorización de aquél; pero, como se ve, tiene dicho Consejo una ingerencia y un poder de vigilancia bastante amplios, pudiendo llegar hasta privar a la madre de su patria potestad. Y tan amplios son tales poderes que si la madre omite la convocatoria del Consejo, pierde *ipso iure* la administración, y el segundo marido responde solidariamente de las resultas de la administración que ejerció o conservó la mujer indebidamente. Para impedir que dicha administración continúe, se puede convocar de oficio dicho Consejo de familia y pedir que éste decida sobre las condiciones de la educación de los hijos o sobre el nombramiento de un curador para los bienes de éstos (art. 238). En todo caso cuando la madre conserve la administración, la ley establece que el nuevo marido se considere asociado a ella y responsable solidariamente con la mujer para con los hijos del primer matrimonio (art. 239) (1-2).

(1) Disposiciones estas quizás demasiado rígidas por su carácter general y absoluto que disminuye la dignidad y autoridad de la mujer sometiéndola a la voluntad de un Consejo de familia, incluso por lo que se refiere a la educación de los hijos. La protección debida a los hijos del primer matrimonio es aquí predominante solamente si se trata de la madre (no en cambio en el caso del padre binubo). De todos modos, no puede admitirse que los hijos tengan un derecho ilimitado para pedir a su madre cuenta de su administración, ni que este derecho sea equiparable al que asiste a cualquier administrado frente a su administrador extraño; hay de por medio la relación de potestad que implica reverencia y subordinación y que atenúa la obligación de rendir cuenta de los actos singulares de gestión.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — En nuestro Derecho, como en el Derecho italiano, solamente la muerte de un cónyuge produce la disolución del matrimonio (artículos 52 del Código civil español y 48 del Código civil italiano), sin que exista en nuestra legislación disposición análoga a la italiana de 15 de Agosto de 1919 dictada en orden a la situación personal de los cónyuges de los desaparecidos en la guerra.

Tampoco está el divorcio admitido en nuestra legislación, en la que rige para los católicos el *Codex Iuris Canonici*, admitido como ley del Reino por Real decreto de 19 de Mayo de 1919, y para los no católicos el Código civil, el que bajo el epígrafe «Del divorcio» estudia la separación personal y de bienes de los cónyuges, y no otra disolución del vínculo matrimonial, de igual manera que el Código italiano; mas es preciso anotar que hay casos especialísimos en que el Derecho canónico admite la disolución del vínculo: para el matrimonio rato y no consumado y para el consumado entre no bautizados, éste en virtud del privilegio Paulino (cánones 1.119 a 1.124).

Fuera de esos casos, para los católicos, éstos y los no católicos no pueden disolver el vínculo, sino únicamente obtener la separación personal, a la que tanto la legislación civil como la canónica designan con el nombre de divorcio. Las causas que lo originan son para el matrimonio civil: el adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resultare escándalo o menosprecio de la mujer, los malos tratamientos de obra o las injurias graves, la violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión; la propuesta del marido para prostituir a su mujer; el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y la connivencia en su corrupción o prostitución, y la condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua (artículo 105). En el matrimonio canónico el divorcio se origina por casi idénticas causas, mas otras de orden religioso, pero de una manera perpetua solamente por adulterio (cánones 1.129 a 1.131) No admite el Código el abandono voluntario como causa de divorcio (art. 150 del Código civil italiano) y tampoco la negativa del marido a fijar la residencia (art. 152 del Código civil italiano), pero en cuanto a este caso, la mujer en nuestro derecho (art. 58 del Código civil) puede ser relevada, por ciertas causas, del deber de seguir a su marido.

La acción de divorcio corresponde solamente al cónyuge inocente (artículo 106) y la simple interposición de la demanda ya produce efectos, en orden a las personas de los cónyuges (separación, depósito de la mujer, cuidado de los hijos) y a las de sus bienes (señalamiento de alimentos, medidas para que el marido demandado no perjudique a la mujer en la administración de sus bienes) (artículos 68 del Código civil y 1.880 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento).

La sentencia de divorcio determina la separación de los cónyuges, la atribución de la patria potestad al cónyuge inocente o la constitución de tutela si ambos fueran culpables, la pérdida de toda ventaja patrimonial al cónyuge culpable, conservándola el inocente; la separación de bienes de la sociedad conyugal y la pérdida o la conservación de la Administración de los bienes de la mujer por el marido, según sea culpable o inocente (art. 73).

Mas como el estado de separación ha de procurarse sea transitorio, cuida nuestra legislación de mantener siempre abierta la puerta por donde llegar al fin de ella, mediante la reconciliación que restituye la primitiva posición de los cónyuges en el matrimonio y hace terminar el juicio de divorcio o los efectos de la sentencia, salvo los que se refieran a los hijos cuando se funde esta o en conato en connivencia de los cónyuges para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas (art. 74), volviendo a regirse la sociedad conyugal, en cuanto a los bienes, por las reglas establecidas por los cónyuges (art. 1.439).

El caso de separación de hecho, sin efecto alguno respecto al régimen de bienes, admitido en la legislación italiana como acto de jurisdic-

ción voluntaria, no está regulado expresamente en nuestro Derecho pero no se ve ningún obstáculo para admitirlo.

Las segundas nupcias no están prohibidas en nuestra legislación más que a la viuda en los trescientos un día siguientes a la muerte del marido o antes de su alumbramiento si hubiere quedado encinta, y a la mujer cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo en los mismos casos y términos a contar desde su separación legal (artículos 45 del Código civil español y 57 del Código civil italiano).

Junto a estos casos de separación personal pueden presentarse otros en los que es posible decretar, sin ella, la separación de bienes (artículos 1.432 y siguientes del Código civil español).

CAPITULO XXVII

Filiación

§ 115.—*Filiación legítima*

Brugi, *Ist.*, § 81; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 399; Chironi, *Ist.*, II, §§ 388-391; Zachariae, *Man.*, III, §§ 515-517; Aubry y Rau, *Cours.*, IX, §§ 524-545; Planiol, *Traité* I, números 1363 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 513-521 (1).

El estado familiar más perfecto, el que genera mayor número de relaciones personales y patrimoniales, es el estado de hijo legítimo. De aquí la importancia de las normas legales que presiden la adquisición y la comprobación de tal estado, y la minuciosidad con que el Código fija los requisitos de la filiación legítima, concediendo acciones para reclamar el estado de hijo legítimo para contestarlo o desconocerlo y regulando su ejercicio. Para comprender bien la materia y para interpretar y aplicar rectamente las disposiciones del Código en la variedad múltiple de casos, precisa tener muy presentes los principios en que tales normas se inspiran.

La filiación legítima viene determinada por la procreación del hijo por obra de dos personas unidas en matrimonio. Esto que a primera vista parece un hecho sencillo y fácilmente comprobable es, por el contrario, muy complejo y no siempre susceptible de prueba. Deben, en efecto, concurrir para su determinación las siguientes condiciones: 1), matrimonio válido de los padres; 2), la maternidad, o sea que el hijo haya nacido de la mujer que asegura ser su madre; 3), la paternidad, o sea que el hijo haya sido concebido por obra del hombre que asegura ser

(1) Para un estudio más analítico: Dusi, *Filiazione e adozione* (en la col. de Fiore), 2.^a ed., Nápoles, 1911.

su padre. La falta de uno de estos tres requisitos determina la ilegalidad o la posibilidad de hacer declarar ésta mediante el ejercicio de la acción de desconocimiento o de la acción de contestación del estado de hijo legítimo. Si concurren los tres, corresponde al hijo la cualidad de legítimo, pudiendo hacer valer este estado mediante la acción de reclamación del mismo. Importancia grande ofrece el establecimiento de los medios de prueba de cada uno de estos requisitos, los cuales, por la naturaleza distinta de los hechos a que se refieren, están regidos por principios diversos.

1) El *matrimonio* que debe ser anterior al nacimiento y a la concepción del hijo, se prueba como cualquier estado personal familiar mediante el acta del estado civil. Sin embargo, por el *favor legitimatis* se admite, en lugar del acta del estado civil, la posesión del estado de hijo legítimo que sea conforme al acta de nacimiento del mismo; es decir, que si dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer sin que su matrimonio esté acreditado por la correspondiente acta de estado civil, han procreado un hijo y éste es declarado en el acta de nacimiento como hijo de dichos padres y ha gozado de tal condición, este goce hace inimpugnable su estado de legitimidad, pues la posesión de estado suple la falta de prueba del matrimonio anterior (art. 120). También es lógico que el matrimonio deba preceder al nacimiento y a la concepción: no es el nacimiento, sino la procreación dentro del matrimonio, lo que se requiere para la legitimidad del hijo, y la procreación equivale a concepción. Del mismo modo que puede ser legítimo el hijo nacido después de disuelto o anulado el matrimonio, puede ser legítimo el nacido *durante* el matrimonio concebido *antes* de la celebración de éste. Esto da lugar a situaciones especiales que examinaremos más adelante.

2) La *maternidad* es un hecho cierto de prueba fácil. Se prueba por el parto: madre es quien da a luz al hijo, y esto es un dato que consta de modo cierto y frente al cual pierde importancia el hecho anterior de la concepción. Lo que puede resultar incierto es si el hijo de cuya legitimidad se trata es preci-

samente aquel que dió a luz la mujer; por eso precisamente cuando se trata de filiación natural y de hijo que investiga la maternidad, la ley exige que el hijo pruebe ser el mismo que la mujer dió a luz (art. 190). En la filiación legítima esta prueba se ofrece mediante el acta de nacimiento, que puede ser impugnada probando la sustitución o suposición del parto (art. 361 del Código penal). En defecto del acta de nacimiento vale la posesión de estado, o sea el haber sido quien afirma ser hijo de la madre, considerado y tratado en la familia y en las relaciones externas como hijo de la mujer cuya maternidad se pretende (artículos 171 y 172).

3) La *paternidad* es, por el contrario, un hecho que ofrece singulares dificultades de prueba, sustrayéndose siempre a la prueba directa, pues la paternidad se determina por la concepción, y la generación está siempre envuelta de misterio. La ley se ve forzada a recurrir a una presunción limitada a fin de salvaguardar al mismo tiempo el interés del individuo y el orden familiar. La presunción derivada del Derecho romano (1) consiste en reputar padre al marido de la mujer que ha dado a luz al hijo: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*. Pero concebida con esta amplitud la presunción es infundada, pues el hecho del nacimiento dentro del matrimonio puede no corresponder a la generación por obra del marido. Puesto que debe tenerse en cuenta la concepción y relacionar con ésta la generación, dicha presunción se transforma en la siguiente, acogida por el art. 159: «El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio».

Sin embargo, tampoco esta norma es suficiente, porque dada la variable duración de la gestación y no siendo posible inducir la concepción del nacimiento, puede dudarse de si el hijo fué concebido durante el matrimonio, antes de su celebración o después de su disolución o anulación. La ley recurre a una segunda presunción, teniendo en cuenta las doctrinas hipocráticas y los precedentes romanos (2) que asignaban a la gestación un térmi-

(1) Tr. 4, § 3, 5, D. 2, 4: *quia (mater) semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*.

(2) Fr. 12, D. 1, 5: *Septimo mense nascit perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi Viri Hippocratis: et ideo creden-*

no mínimo de seis meses y uno máximo de diez, estima (contra los postulados de las ciencias biológicas) que la concepción debe caer entre el 180° y 300° día anterior al nacimiento, excluyéndose, por tanto, que la gestación pueda durar menos de ciento ochenta y más de trescientos días. Aplicando este principio al nacimiento que tiene lugar dentro del matrimonio, se deduce la norma establecida en el art. 160: se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido no antes de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración, ni después de los trescientos siguientes al de la disolución o anulación. Ambas presunciones se complementan, y mientras la primera admite la prueba en contrario, la segunda la excluye por tener carácter absoluto y ser norma de orden público.

De estas premisas derivan los siguientes principios:

a) El hijo legítimo tiene por madre la mujer que lo concibió durante el matrimonio, y por padre el marido de ésta.

b) El marido es padre legítimo siempre que el hijo nazca durante el matrimonio y en el tiempo que media entre 180° día posterior a la celebración y el 300° día siguiente a la disolución.

c) El hijo nacido en el período antedicho ostenta (respecto al padre) una legitimidad que no puede ser destruída con pruebas tendentes a demostrar que en el caso concreto de que se trate, la gestación fué más breve o más larga que la fijada en la ley: solamente podrá ser destruída tal legitimidad probando la imposibilidad del marido para engendrarlo (1). A esto tiende la acción de *desconocimiento de la paternidad*.

d) El hijo nacido fuera del período predicho no es sin más ilegítimo, sino que se presume legítimo en tanto no se impugne su estado aparente de legitimidad. Si nació antes del momento inicial del período (o sea dentro de los ciento ochenta días que siguen a la celebración del matrimonio), habrá que afirmar, teniendo en cuenta los términos máximos y mínimos de la ges-

dum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.

(1) Un caso extraordinario constituye aquel en que la viuda, infringiendo la prohibición de contraer nuevo matrimonio antes de haber transcurrido los diez meses desde la muerte del marido, se casa por segunda

tación, que tal hijo no fué procreado por el marido de la mujer. Sin embargo, por el *favor legitimitatis* la ley lo presume legítimo (1), pero otorga al marido el derecho de negar su paternidad sin necesidad de prueba, bastando el hecho de no haber sido concebido dentro de matrimonio. A esto tiende la acción de *denegada paternidad*, que es la misma acción de desconocimiento. Si nació después del momento terminal del período, o sea después de los trescientos días siguientes a la extinción del matrimonio, la legitimidad queda sin más excluida, pero precisa hacer constar la ilegitimidad, y a ello tiende la acción de *contestación de la legitimidad*.

e) La filiación legítima se prueba mediante el acta de nacimiento inscrita en el Registro del estado civil (art. 170). Este acta, que debe indicar la madre el día y la hora del parto, la persona a quien la mujer está unida en matrimonio, constituye, juntamente con el acta de matrimonio de los padres, el título de legitimidad del hijo. Este título no excluye, sin embargo, la prueba contraria.

f) Cuando falta este título, la legitimidad puede fundarse en la posesión continuada del estado de hijo legítimo (art. 171); al estado de hecho se atribuye idéntico valor que al derecho basado en el título. Esta posesión de estado resulta—como establece el art. 172—de una serie de hechos que en su conjunto sirvan a probar la relación de filiación y la de parentesco entre el hijo y la familia a la cual pretende éste pertenecer. La doctrina tradicional se sintetiza en la fórmula *nomen, tractatus, fama*; y el Código (art. 172), al reproducirla, declara que de estos hechos son: el haber llevado siempre el hijo el apellido del padre que pretende tener; el haberlo tratado el padre como hijo suyo, y el haber proveído a su manutención, educación y colocación;

vez y da a luz dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido. ¿A qué marido deberá atribuirse la paternidad? Estando en tal caso en conflicto dos presunciones iguales, la solución dependerá de las particulares circunstancias concurrentes.

(1) Otros autores sustentan distinta opinión; para un resumen de todas y de las cuestiones que se plantean, véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 464, n. e.

el haber sido constantemente reconocido por la sociedad como hijo de tal padre y el haber sido también reconocido como tal en el seno de la familia.

g) Si concurren el título y la posesión de estado, siendo ésta conforme al acta de nacimiento, habrá una presunción absoluta de legitimidad, contra la cual nadie puede promover impugnación: ni el hijo reclamando un estado distinto, ni los padres u otras personas (art. 173); la legitimidad en este caso subsiste aun cuando no se pueda probar el matrimonio de los padres (art. 120). Se debe exceptuar siempre el caso de haber mediado delito de suposición o de sustitución de parto (artículos 361-363 del Código penal).

h) Si, por el contrario, título y posesión de estado son discrepantes, es decir, si del acta de nacimiento resulta una filiación diversa de la que se deduce de la posesión de estado, aquélla prevalecerá sobre ésta, porque la posesión es subsidiaria del título (art. 171).

i) Si faltan el acta de nacimiento y la posesión de estado, la prueba de la filiación podrá ser testifical (art. 174), pero no se admitirá dicha prueba de testigos sino cuando haya un principio de prueba por escrito o cuando las presunciones o indicios resultantes de hechos ciertos sean bastante graves para justificar su admisión (art. 174, párrafo 1.º). El principio de prueba por escrito consiste en documentos familiares, registros o papeles privados del padre o de la madre, documentos públicos o privados provenientes de una de las partes empeñadas en el litigio o de quien tendría interés en el mismo si viviese (art. 175). La misma norma rige, es decir, se admite con dichas restricciones la prueba testifical, cuando el hijo hubiere sido inscrito con falsos nombres o como nacido de padres inciertos, o cuando hubiere habido suposición o sustitución de parto, aunque en estos dos últimos casos exista un acta de nacimiento conforme con la posesión de estado (art. 174).

j) Finalmente, como al padre se concede el derecho de denegar o de desconocer la paternidad o de contestar el estado legítimo o la legitimidad, también se otorga al hijo una acción

para hacer reconocer el propio estado legítimo cuando tuviere uno distinto del que legalmente le corresponde.

Acciones de estado.—Las nociones que preceden preparan la vía para la inteligencia del complejo sistema que la ley ha acogido relativo a las acciones de estado. Estas son de dos especies: tendentes a privar al hijo de un estado familiar que no le corresponde, contestando su legitimidad (*acciones de contestación de estado* en sentido lato), o tendentes a procurar la adquisición del estado de hijo legítimo a quien carece de dicho estado (*acciones de reclamación de estado*). Las primeras son varias, responden al especial objeto o supuesto de la demanda, competen al presunto padre, a los padres, a los parientes y a los terceros interesados, según los casos, y se ejercitan contra el hijo; la otra es única y corresponde al hijo contra el padre, la madre o ambos padres.

A. *Acciones de contestación de estado.*—Según las disposiciones del Código, éstas son tres y distintas, en realidad la distinción no es muy racional ni del todo clara. Para justificarla y explicarla se aduce que dichas acciones tienen contenido diverso y que se fundan en distintos supuestos: una tiende a excluir las presunciones de paternidad (*acción de desconocimiento o de denegada paternidad*); la otra a impugnar la maternidad (*acción de contestación del estado de hijo legítimo*); la tercera a impugnar los datos sobre que se funda la legitimidad (*acción de contestación de legitimidad*). Un análisis más profundo demuestra que la distinción, o cuando menos *esta* clasificación, es intrínsecamente imperfecta y oscura.

a) *Acción de desconocimiento y de denegada paternidad.*—Puesto que la paternidad se funda en la presunción de que el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio (artículo 159), hay que conceder a dicho marido el derecho de destruir tal presunción probando que durante todo el período legal de concepción se hallaba en la imposibilidad de procrear. El marido puede, pues, *desconocer* al hijo no propio; la ley, sin embargo, ha supeditado este derecho a determinadas garantías y previsto los casos en que puede ejercitarse la acción de desconocimiento.

Las causas que hacen ejercitable dicha acción son las siguientes:

1) La imposibilidad física de tener relaciones sexuales con la mujer; el marido debe probar que durante todo el período legal de concepción, o sea en el tiempo comprendido entre el trescientos y el ciento ochenta días de los que preceden al nacimiento, se hallaba en la imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer por alejamiento (viaje a tierra lejana, emigración, detención) o por otro accidente (enfermedad grave, castración, art. 162) (1).

2) La impotencia manifiesta: el Código (art. 164) se refiere de modo negativo a este caso, declarando que el marido no puede negarse a reconocer al hijo alegando su impotencia, a no ser que se trate de impotencia manifiesta. Nótese que la ley no menciona los otros requisitos (perpetua, anterior al matrimonio), exigidos por el art. 107, que deben, en cambio, concurrir precisamente cuando se trate de anulación del matrimonio; y es natural que así sea, pues para excluir la paternidad basta una impotencia adquirida posteriormente y transitoria, con tal que tal impotencia se dé durante todo el período legal de concepción (2).

3) La separación personal legal: también en este caso, si se prueba que durante el tiempo comprendido entre el trescientos y el ciento ochenta días de los anteriores al nacimiento, los con-

(1) Sobre el modo de entender la expresión «otro accidente» surgen discusiones especialmente porque si debieran comprenderse en ella casos de ineptitud física para la copulación o sea impotencia temporal o permanente habría una contradicción del art. 164 o una repetición inútil. Para el resumen de las distintas explicaciones véase Venzi en *Pacificifist.*, VII, pág. 482, núm. 9.º; Chironi, *Quest. dir. civ.*, IV, páginas 115 y siguientes.

(2) Pero además de la diferencia indicada, ¿debe estimarse que la impotencia de que aquí se trata es distinta de la prevista en el art. 107, o sea que a los fines del art. 164 deba admitirse además de la *impotentia coeundi la imp. generandi*? Si por «manifiesto» debe entenderse la perceptible con los sentidos, debería excluirse la *imp. generandi*: así lo interpretan algunos. Pero como dijimos en otro lugar, «manifiesta» es la patente, clara, cierta, aun cuando para probarla sea necesario el auxilio de las

yuges vivieron legalmente separados, habrá que excluir la paternidad del marido; pero la acción no es ejercitable si en dicho período hubo reunión—aunque sólo fuese temporal—de los cónyuges.

4) El adulterio de la mujer, concurriendo con la ocultación del nacimiento; el adulterio por sí solo no basta, porque a lo sumo podría originar duda en cuanto a la paternidad, y, en la duda, hay que decidirse en favor de la legitimidad del hijo. La ley es aquí especialmente rigurosa, y desconfiando de la mujer que puede, por su ilícita pasión, ser inducida a mentir, niega que la simple confesión de la madre baste por sí sola a excluir la paternidad del marido (art. 165). Precisa, pues, que con el adulterio concorra el hecho grave de la ocultación del nacimiento por la mujer, y si con estos dos, que por sí solos bastarían (1), concurren otros hechos (entre éstos la confesión de la madre), podrán todos ellos ser alegados y probados con cualquier medio de prueba, incluso por testigos, sin necesidad de prueba inscrita y sin necesidad de haber ejercitado previamente la acción de adulterio.

Esta acción corresponde personalmente al marido; pero si éste muere sin haberla promovido, pueden ejercitarla sus herederos (art. 167). Sin embargo, su ejercicio está sujeto a términos

ciencias biológicas y médicas. Por tanto puede serlo también la *imp. generandi*. La cual es también invocable en este caso porque la finalidad de la acción de desconocimiento es distinta de la que se persigue con la anulación del matrimonio; en dicha acción de desconocimiento entra en juego el hecho de la generación; este hecho se excluye cuando se prueba la incapacidad del marido para engendrar, la cual implica necesariamente la paternidad de otro hombre.

(1) Muchos autores estiman insuficientes estos dos hechos y exigen la concurrencia de una tercera condición que puede consistir en hechos diversos sintetizables todos en la fórmula «imposibilidad moral de la cohabitación». Pero esta exigencia no deriva de la ley: el art. 165 alude a otros hechos corroborantes de la prueba de que el hijo no es del marido, y a la inversa, la ausencia de tales hechos puede originar en el juez la duda de que no obstante el adulterio y la ocultación del nacimiento, el hijo es efectivamente del marido. Véase para un resumen de las distintas opiniones, Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 489, núm. 5.

breves y rigurosos de caducidad (1); el marido debe ejercitarla dentro de los dos meses siguientes al nacimiento, si se halla en el mismo lugar en que el hijo hubiere nacido; o dentro de los tres meses siguientes a su regreso a dicho lugar o a aquel en que estuviere establecido el domicilio conyugal si estuvo alejado de dichos lugares, o dentro de los tres meses siguientes al descubrimiento del fraude cuando le hubiese sido ocultado el nacimiento (art. 166); se otorga a los herederos la facultad de promover la acción si el marido se hubiese muerto dentro de los términos señalados para el ejercicio de aquélla; pero, en tal caso, deberán promoverla dentro de los dos meses siguientes al día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del difunto o a aquel en que los herederos mismos hubiesen sido perturbados en su posesión por dicho hijo (art. 167). La acción se ejercita contra el hijo si es mayor de edad o contra un curador especial nombrado al hijo menor o interdictado por el Tribunal que entiende en el litigio. En éste será siempre parte la madre (artículo 168).

Difiere un poco de la anterior la acción que en sentido estricto puede llamarse de *denegada paternidad*, si bien en cuanto a los términos y a la legitimación activa y pasiva sea en todo semejante a la otra. En efecto, mientras aquélla procede cuando la concepción cae dentro del período legal, ésta supone que el hijo nacido dentro del matrimonio haya sido concebido antes, o sea, que nazca antes de haber transcurrido ciento ochenta días después de la celebración, es decir, antes del transcurso del período mínimo legal de gestación. El marido, en este caso, puede sin más rechazar una paternidad que la ley no le atribuye. Sin embargo, la presunción de paternidad resurge y la acción es excluida por dos órdenes de hechos que implican aquiescencia del marido e implícito reconocimiento del hijo o que extinguen el interés de accionar. Cesa este interés si el parto es declarado no viable (art. 161, núm. 3.º); hay implícito reconocimiento cuando el marido sepa el embarazo de su mujer antes del matrimonio o

(1) Ascoli, *Azione ed eccezione di disconoscimento di paternità* (Foro it., 1920, I, pág. 230); id. *Riv. dir. civ.*, XI, 1919, pág. 559.

cuando conste en el acta de nacimiento que el marido asistió a la extensión de dicha acta personalmente o mediante mandatario autorizado a ello por documento auténtico (art. 161, números 2.º y 3.º).

b) *Acción de contestación de legitimidad.*—Un caso opuesto y paralelo al examinado últimamente al estudiar la acción de denegada paternidad es el de que el hijo resulte también concebido fuera del período legal de concepción, naciendo después de transcurrido el período máximo de gestación, o sea, después de los trescientos días siguientes a la disolución o anulación del matrimonio. Ninguna presunción de legitimidad favorece en este caso el nacimiento del hijo (1). Por tanto, el marido y sus herederos y cualquiera interesado puede contestar la legitimidad del hijo sin límites de tiempo y exentos de todo rigor de prueba (artículo 169).

c) *Acción de contestación del estado legítimo.*—Tiene lugar cuando se impugna el estado, ya adquirido de hijo legítimo, ya se apoye éste sobre un título, ya sobre la posesión de estado, pero solamente en uno o en otro. Si concurren ambos (título y posesión de estado) se admitirá también la impugnación cuando el estado de legítimo se hubiere adquirido en virtud de sustitución o de suposición de parto. En substancia: mediante esta acción se impugna la maternidad, ya que todos los casos posibles de impugnación de la paternidad son supuestos de una u otra de las anteriores acciones. Dicha acción es imprescriptible y puede ser ejercitada por cualquier interesado.

B. *Acción de reclamación de estado.*—El hijo que tenga un estado distinto del que le compete está facultado para ejercitar

(1) Otros autores opinan que también aquí se da una presunción de legitimidad porque no habiendo impugnación, el hijo goza de la condición de legítimo; otros en cambio opinan que tal hijo es ilegítimo de pleno derecho. Creemos que ninguna de estas dos opiniones es aceptable. Lo cierto es que el hijo nacido después de los trescientos días goza de hecho de la legitimidad en tanto no se ejercite la acción, pero no porque la ley lo presuma legítimo, sino porque el hijo es puesto en posesión de dicho estado y continúa en él mientras no sea despojado legalmente de tal posesión. Vid. Dusi, *Filiazione*, páginas 248 y siguientes.

la acción de reclamación de la legitimidad que le corresponda. Supuesto de esta acción es que el hijo carezca de título, es decir, que su acta de nacimiento lo declare procreado por otros o por desconocidos; con menos palabras, que haya sido inscrito en los registros con nombres falsos, y, además, que carezca de posesión de estado o que tenga una no conforme al título. Pues si título y posesión son concordantes, no es posible la reclamación por el principio de que nadie puede reclamar un estado distinto del que le atribuye el título y la posesión de estado concordantes (artículo 173). Excepcionalmente, siendo título y posesión concordantes, se admite la reclamación cuando hubiere habido suposición o sustitución de parto (art. 174).

El hijo que reclame estado debe, por lo que respecta a la maternidad, probar el parto de la mujer y que él es el mismo que la mujer dió a luz (art. 190); en orden a la paternidad, deberá probar la existencia de un matrimonio válido y la concepción de la madre dentro del período legal. Todo medio de prueba es admitido, incluso el de testigos, siempre que haya un principio de prueba por escrito o presunciones graves o indicios resultantes de hechos ciertos (artículos 174 y 175). La acción es personal del hijo e imprescriptible para él (art. 177). Promovida por él, podrá ser proseguida por los herederos y descendientes; si el hijo no la hubiere promovido, los herederos y descendientes no podrán intentarla (art. 178). Debe exceptuarse el caso de que el hijo que no reclamó haya muerto siendo menor de edad o dentro de los cinco años siguientes a su mayor edad; la ley, en tales hipótesis, concede a los herederos y descendientes la facultad de promoverla (art. 178), pero sin la ventaja para ellos de la imprescriptibilidad; treinta años después de la muerte del hijo la acción se extinguiría (art. 177) (1).

(1) Toda sentencia definitiva que dictada a consecuencia del ejercicio de las dichas acciones declaren el estado de filiación atribuyéndolo a quien lo reclamaba o negándolo a quien de él gozaba, tienen eficacia universal, crean estado contra todos: no es posible aplicar aquí el principio del art. 1.351, a saber: que la autoridad de la cosa juzgada sólo se da para quienes hubieren sido parte en el juicio. Ved. Coviello, *Dei iudica-*

§ 116.—*Filiación natural*

Brugi, *Ist.*, §§ 84-85; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 511; Chironi, *Ist.*, II, §§ 392, 408, 410; Zachariae, *Man.*, III, §§ 535-543; Aubry y Rau, *Cours.*, IX, §§ 565-572; Planiol, *Traité*, I, números 1.368 y siguientes, 1.464 y siguientes, 1.549 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, § 522.

La filiación natural es la antítesis de la legítima, de los requisitos fundamentales de ésta: matrimonio y generación; falta en aquélla el primero, ya que el hijo nace de personas no unidas entre sí por vínculo conyugal. Pero la ilegitimidad, que es consecuencia del defecto de matrimonio entre los padres, asume dos modalidades, según que dicho matrimonio fuera posible o no lo fuera por existir un impedimento absoluto como el parentesco. o

ti di stato (*Arch. Giur.*, XLVII, 1891, páginas 153 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 407, n. d. d.

NOTA DEL TRADUCTOR. —La filiación legítima —que confiere derecho al hijo a llevar los apellidos del padre y de la madre: a recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes en su caso o de los hermanos y a la legítima y demás derechos sucesorios que el Código le reconoce (art. 114) — nace, en la gran dificultad de fijar con exactitud por quién y en qué momento el hijo fué concebido, de las presunciones establecidas en los artículos 108, § 1.º y 110 de nuestro Código (160 y 161 del italiano). Por el primero son tenidos como legítimos «los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los trescientos siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges», y por el segundo se concede idéntica presunción en favor de los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio si concurrese alguna de estas circunstancias: 1.ª Haber sabido el marido antes de casarse el embarazo de su mujer. 2.ª Haber consentido, estando presente, que se pusiera un apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz. 3.ª Haber reconocido el hijo como suyo expresa o tácitamente. Y aun los nacidos después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o separación de los cónyuges si el padre o sus herederos no desconociesen su legitimidad serán también tenidos como legítimos (art. 111).

Contra estas presunciones sólo prevalecerá la acción de impugnación o la de desconocimiento de legitimidad válidamente ejercitadas; la primera establecida para los casos de los artículos 108 y 110 y la de desconocimiento para el del art. 111. Estas acciones corresponden al padre y en su defecto a sus herederos cuando aquél falleciese antes de vencer el término para demandar la impugnación o durante la sustanciación del juicio o si el hijo nació después de la muerte del padre (artículos 112 del Código civil español y 167 del Código civil italiano). La acción de impugnación ha de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscrip-

la afinidad en línea recta, o el segundo grado de la colateralidad, o el precedente matrimonio de uno o de ambos padres con otra persona. De aquí la clasificación de los hijos ilegítimos: los naturales simples que pueden ser reconocidos y que adquieren con el reconocimiento un estado familiar de grado inferior y estrictamente personal; los adulterinos e incestuosos que no pueden nunca tener un estado familiar, aun cuando su paternidad o maternidad consten de un modo indirecto. En orden a los primeros, al reconocimiento puede añadirse la legitimación, y en tal caso la posición del hijo natural se equipara a la del hijo legítimo; por esto en la filiación ilegítima pueden darse tres situaciones distintas: hijos naturales reconocidos, hijos adulterinos e incestuosos, hijos legitimados. De estos últimos se tratará al hablar de la legitimación.

Hijos naturales reconocidos.—Si no consta la paternidad ni la maternidad de un hijo nacido fuera de matrimonio no se puede hablar de un estado familiar; el hijo de padres desconocidos carece de padres y, por tanto, dicho hijo no es sujeto de relación parental alguna. Esta relación surge cuando se prueba legalmente la paternidad o la maternidad o ambas y se constituye unilateralmente con aquel de ambos padres cuya generación resulte probada, o bilateralmente y de modo pleno si la generación resulta probada respecto a ambos padres. La consecuencia de haber nacido fuera de matrimonio es que el hijo natural pue-

ción del nacimiento en el Registro si el actor estuviese en el lugar donde éste se verificó, y de tres o seis meses si estuviese ausente (artículos 113 del Código civil español y 166 del Código civil italiano).

Frente a estas acciones corresponde al hijo la acción, vitalicia, de reclamación de legitimidad que se trasmite a sus herederos si muere menor de edad o demente o después de haberla ejercitado; mas los herederos sólo tendrán cinco años para accionar cuando no haya sido ejercitada por el causante, y si éste lo ejercitó, su prescripción está sujeta a las reglas de caducidad de instancia (artículos 178 del Código civil español y 177 178 del Código civil italiano).

La prueba de la legitimidad se obtiene mediante acta de nacimiento extendida en el Registro civil, o por documento auténtico o sentencia firme en los casos a que se refieren los artículos 110 al 113. A falta de estos títulos se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo y si faltaran todos esos medios de prueba, por cualquier otro, siempre que haya un principio de prueba por escrito que provenga de ambos padres, conjunta o separadamente (artículos 115, 116 y 117 del Código civil español y 170, 171 y 174 del Código civil italiano).

de tener solamente padre o solamente madre, mientras que el hijo legítimo ha de tener necesariamente padre y madre (salvo los casos de contestación o de desconocimiento).

La comprobación de la generación puede proceder de acto voluntario y espontáneo del padre o de la madre que lo reconoce como hijo propio (*reconocimiento*), o de una investigación hecha por el hijo sobre quien sea su padre o su madre; investigación que tiene lugar mediante un juicio que se cierra por una sentencia declarativa de la paternidad o de la maternidad (*declaración judicial* o *reconocimiento forzoso*). En el primer caso se habla de hijos reconocidos; en el segundo, de hijos declarados.

a) *Reconocimiento*.—El art. 179 del Código civil establece «que el hijo natural puede ser reconocido por el padre y por la madre conjunta y separadamente». Correlativa a esta norma es la del art. 182: «el reconocimiento sólo produce efectos para aquel de los padres que lo hizo y no otorga al hijo reconocido derecho alguno respecto al otro padre». Esta independencia y unilateralidad del reconocimiento hecho por uno de los padres produce la consecuencia dicha de que el hijo natural puede tener padre y no madre, o viceversa, madre y no padre, pues el reconocimiento hecho por uno de los padres no produce efecto alguno respecto al otro.

Reconocimiento es la declaración que el padre o la madre hacen de haber concebido un determinado hijo. Como acto voluntario y espontáneo que es, contiene una confesión que acredita una verdad hasta entonces legalmente ignorada, que denuncia un hecho (la filiación) sin crear un derecho; los derechos que se derivan (alimentos, sucesión) son efectos que la ley atribuye a aquel hecho. Por consiguiente, el reconocimiento en lo que atañe a la capacidad del confesante, no puede subordinarse a las normas que rigen para los actos dispositivos; puede, por tanto, efectuarlo el menor de edad (con tal de que tenga capacidad natural); pueden efectuarlo, sin intervención del curador, el emancipado y el inhabilitado y con mayor razón el que sufre interdicción por efecto de una pena que le ha sido impuesta, pues todas esas personas pueden concluir negocios de derecho familiar.

Como acto personal que es, es indelegable y no puede efectuarse por el representante del menor y del interdicto. Como atestación de una verdad, es irrevocable porque la verdad confesada es irretractable. Este acto puede ser impugnado si es contrario a la verdad por error excusable (1), pudiendo impugnarlo el hijo o cualquier interesado y también el padre que hace el reconocimiento si se prueba la falsedad de éste (art. 183). Finalmente, como todo otro negocio de derecho familiar es un *actus legitimus*, no tolera condiciones ni términos.

El hijo suele ser reconocido cuando nace; este es el caso normal. Pero nada se opone a que el reconocimiento se verifique antes del nacimiento o después de la muerte del hijo. En el primer caso se permite el reconocimiento como acto que favorece al concebido y no nacido; se sobreentiende que en tal hipótesis el reconocimiento se sujeta a la *condicio iuris* de que a la concepción siga el nacimiento y de que nazca vivo y viable. En el segundo caso también es permitido, porque si no es útil al hijo (que ha muerto), lo es a sus descendientes, y esto se deduce de lo establecido en orden a la legitimación *post mortem* (art. 196), por lo que se requiere que el hijo natural premuerto haya dejado descendientes (2).

Dada la trascendencia del acto, la forma de la declaración no podía confiarse al arbitrio del particular; la ley prescribe una forma que sea garantía de seriedad y de autenticidad; prescribe que el reconocimiento se haga constar en el acta de nacimiento o mediante un documento auténtico anterior o posterior al reconocimiento (art. 181). En cuanto a los documentos que

(1) Sobre la irrevocabilidad e impugnabilidad del reconocimiento, véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 577, n. g. e., pág. 580, núm. h; Luzzatti, en *Foro ven.*, 1914, pág. 502.

(2) Por tanto, no teniendo el hijo premuerto descendientes, no puede éste ser reconocido, porque el reconocimiento a nadie aprovecharía. No podría tampoco el padre alegar un interés o ventaja propios (por ejemplo, poder sucederle como padre natural), porque el reconocimiento es por su naturaleza un acto favorable al hijo. No faltan, sin embargo, discrepancias de esta opinión. Contra éstos véase Dusì, *Filiazione*, pág. 616; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 138, n. g. y e, VII, pág. 566, n. d.

deben reputarse auténticos surgen discusiones; la solución depende de la definición de documento auténtico que se elija; así, mientras unos afirman que documento auténtico es sinónimo de documento público, otros distinguen aquél de éste e incluyen en el concepto de documento auténtico la escritura privada autenticada, el testamento ológrafo confiado a la custodia de un Notario, etc. (1). A nuestro juicio la norma del art. 181 debe interpretarse en el sentido de que no solamente en el acta de nacimiento, si que también en toda declaración recibida por el Oficial del estado civil (2), y no solamente en documento autorizado por Notario, si que también en la escritura privada autenticada por él, en el testamento secreto, en el ológrafo depositado para su publicación, puede hacerse constar un reconocimiento.

b) *Declaración judicial* (3) — Cuando el reconocimiento no se verifique espontáneamente, la filiación puede ser declarada judicialmente como resultado del ejercicio de la acción que a este fin se otorga al hijo. Pero en este caso hay notables diferencias respecto a la paternidad y a la maternidad. El principio acogido por el legislador italiano es el de que mientras la investigación de la maternidad es libre (art. 190), la de la paternidad resulta prohibida, salvo en los casos excepcionales: el de que el hijo hubiere sido engendrado en ocasión de raptó o de estupro

(1) Véase a propósito de esta discusión Coviello, *Man. di dir. civ.*, I, página 507; Dusi, *Filiazione*, núm. 133; *Ist. dir. civ.*, I, pág. 210, núm. 6, página 287, núm. 6; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 574, n. f. De aqu la controversia no resulta aún por la doctrina ni por la jurisprudencia de si es válido el reconocimiento contenido en el testamento ológrafo.

(2) Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 568, n. e.

(3) Sobre la investigación de la paternidad y maternidad natural especialmente de la paternidad hay abundante literatura monográfica motivada por la necesidad de una reforma legislativa. Entre la multitud de autores recordamos Giuriati, *Divieto delle indagini sulla paternità* (*Zem. ven.*, 1881, pág. 1641); Bianchi E., *Le indag. sulla paternità nat.* (*Arch. Giur.*, XXIV, páginas 162 y siguientes); Cuturi, *Studi sulla dichiar. giur. della paternità dei figli nat.* (*Arch. Giur.*, XXV, pág. 422); Lomonaco, *Il divieto delle indagini sulla paternità nat.* (*Filang.*, 1884, I, páginas 241 y siguientes); Cimbali, *Due riforme urgenti, divorzio e ricerca della paternità nat.*, Turín, 1902; Martini, *Indagini sulla pat. e mat. nat.* (en *Dir. prat. dir. priv.*).

violento cometido en la persona de la madre (art. 189). Límite absoluto en cuanto al padre y en cuanto a la madre es la adulterinidad o incestuosidad del hijo, que impiden tanto el reconocimiento voluntario como el forzoso. Respecto al hijo natural, el padre no podrá ser declarado judicialmente a consecuencia de la acción ejercida por el hijo, si no media uno de los antedichos delitos, y el tiempo de la comisión de éstos corresponde al de la concepción (1).

Este rigor de la ley cuyos precedentes históricos se hallan en la legislación revolucionaria francesa y en el art. 340 (hoy derogado) del Código napoleónico, fué explicado y justificado por el legislador con el recuerdo de los graves y escandalosos procesos a que dió lugar en los pasados tiempos el sistema de la libre investigación de la paternidad. Como ésta constituye un hecho deducible y presumible, jamás rigurosamente demostrable, y como en el derecho común regía la máxima *creditur virgini parturienti, dicenti se ab aliquo cognitam et ex eo praegnantem esse*, ocurrió por abuso a que dió lugar esta máxima, no obstante contener la misma una precisa limitación: *meretrici non idem*— que mujeres de costumbres licenciosas atribuían a su capricho el hijo a uno cualquiera de sus amantes, sirviendo la investigación como medio para efectuar vengonzosas especulaciones. Ciertamente en estos casos se otorgaba una defensa en favor del presunto padre, la llamada *exceptio plurium concumbentium*, pero esta excepción no era siempre eficaz, ni evitaba, por otra parte, el escándalo de los procesos. Tales razones tenían y tienen aún hoy un innegable fundamento; pero no bastan a justificar la prohibición en la forma rigurosa con que fué establecida, pues es indudable que a más de aquellos dos casos excepcionales de

(1) Debe aplicarse por analogía el art. 160: para determinar si el rapto o el estupro corresponden al tiempo de la concepción, habrá que remontarse desde el día del nacimiento a no menos de ciento ochenta y a no más de trescientos anteriores al nacimiento y ver si en el período intermedio de ciento veinte días que es tiempo legal de concepción, se cometieron o no los hechos criminales. Pero se discute sobre esta aplicación extensiva de la norma dada para la filiación natural: Dusi, *Filiazione*, pág. 555.

rapto y de estupro violento hay otros en los que por concurrir indicios serios y sin haber los peligros aludidos, es posible con relativa certeza obtener la prueba de la paternidad. Ya el Código albertino (art. 135) admitió además de estos dos casos aquellos en que hubiese un escrito proveniente del padre o en que éste hubiere hecho a su hijo objeto de sus cuidados y asistencia. Más tarde el propio legislador francés abolió la prohibición del artículo 340 (ley de 16 de Noviembre de 1912). Otras legislaciones modernas no acogieron ésta. A esto responde en Italia el creciente movimiento de opinión en favor de la supresión del artículo 189 y de la admisión, no de la libre investigación de la paternidad, pero sí de un mayor número de casos en que ésta sea procedente. La deseada modificación legislativa está muy próxima a convertirse en realidad (1).

(1) Numerosos han sido los proyectos de ley y las proposiciones tendentes a la reforma del art. 189. De los proyectos más antiguos de Morelli y Gianturco (1892-1893), se llega al propuesto por la Comisión creada para la reforma del Derecho privado en 1906 (texto comentado por Dusì, *Sul disegno di legge circa le indagini della paternità naturale* en *Riv. dir. civ.*, I, 1909, páginas 33 y siguientes), a otro presentado por Scialoja en el Senado el 22 de Febrero de 1910 (con comentario de Del Giudice, *Le indagini sulla paternità e il progetto Scialoja* en *Riv. dir. civ.*, III, 1911, páginas 71 y siguientes); al presentado por Meda y Nava en 1914 representado en 1920 (*Atti parl.*, legisl. 25, Ses. 1919-20, doc. n. 470), y finalmente a la relación del Ministro Oviglio de 10 de Febrero de 1923 para la reforma del Código civil que ahora se halla suieto a examen por la R. Comisión creada para la reforma y que llevará a cabo la modificación deseada. Recuerdo también un esquema redactado por mí para el Círculo Jurídico de Nápoles (texto y relación en *Dir. e Giur.*, 1913, I, páginas 273 y siguientes). Todas estas proposiciones concuerdan en que deben admitirse otros casos y determinarse con rigor las condiciones que en cada caso hacen procedente la indagación de la paternidad. Los casos de admisión más importantes son los de seducción fraudulenta, confesión escrita por el padre, convivencia de los padres *more uxorio*, posesión de estado.

Durante la guerra se facilitó la solución del problema con la ley de 17 de Julio de 1917, núm. 1.143, que para procurar asistencia y protección a los huérfanos de guerra, admitió la indagación de la paternidad natural en los tres casos últimamente mencionados. Pero tal indagación no influía en el estado familiar y personal; solamente atribuía al hijo la condición

Sólo el hijo puede investigar la maternidad y la paternidad (en los casos en que esta indagación es admitida). Ninguna otra persona puede ejercitar el derecho de investigación, pues ésta es una acción personal. Sin embargo, es indudable que si el hijo es menor o incapaz, puede obrar por su cuenta su representante legal (1). El hijo, o quien accione por él, deberá ofrecer la prueba pertinente, cual, en orden al padre consistirá en acreditar la coincidencia del hecho delictivo con el período legal de concepción; en orden a la madre recaerá (como vimos al tratar, de la filiación legítima) sobre el hecho del parto de la madre y la identidad del reclamante con el hijo que tal madre dió a luz (art. 190). Podrá utilizarse también la prueba testifical, pero a condición de que haya un principio de prueba por escrito o de que medien presunciones e indicios resultantes de hechos ciertos y suficientemente graves.

A la contestación de la demanda puede admitirse cualquiera que tenga un interés moral o patrimonial en el asunto (art. 191). Pero inversamente nadie puede ser admitido a entablarla, sobre todo cuando la deducción de la demanda no tenga más objeto que el de perjudicar al hijo. Si, por ejemplo, una persona que ha tenido un hijo natural y no lo ha reconocido lo tiene en cuenta en el testamento y dispone en él en su favor, no podrán los descendientes legítimos del testador practicar indagación alguna que tenga por objeto comprobar la relación de filiación natural y hacer valer la incapacidad del favorecido para recibir por testamento más de lo que la ley atribuye a los hijos naturales reconocidos en la sucesión intestada (art. 768). Y esto se aplica lo de huérfano de un militar muerto en guerra. Semejantemente para las pensiones de guerra el Decreto-ley de 12 de Noviembre de 1916, número 1.598.

(1) En cambio es dudoso si la acción es transmisible a los herederos. Hay quien admite su transmisibilidad, hay quien la niega, y hay, finalmente, quien aplicando analógicamente el precepto del art. 178, dado para la reclamación del estado de hijo legítimo, la admite dentro de los mismos límites con que este artículo le otorga a los herederos o descendientes del hijo legítimo. Vid. Dusi, *Filiazione*, pág. 680; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 591, n. p; Gabba, en *Quest. dir. civ.*, I, páginas 37 y siguientes.

mismo al caso en que el tercero investigue la paternidad como al caso en que investigue la maternidad; y la razón de esto es que cuando el reconocimiento no es voluntario, sino forzoso, éste es admitido por la ley en favor, no en perjuicio del hijo.

Este punto es discutido cuando se trata de casos en que la investigación (de la paternidad o de la maternidad) es admitida. No es discutido en los demás en que la investigación es prohibida, o sea respecto a la paternidad en general, por el carácter absoluto que tiene la prohibición de su indagación, respecto a la paternidad y maternidad en los casos de hijos incestuosos y adulterinos, dada la prohibición absoluta de su reconocimiento voluntario o forzoso.

Efectos del reconocimiento.—Importantes son los efectos que el reconocimiento produce, y en orden a los mismos el reconocimiento voluntario y el forzoso son equiparables, pues la ley (artículo 192) atribuye a la sentencia que declara la filiación natural la misma eficacia que a la confesión espontánea. Dichos efectos son a la vez personales y patrimoniales, ya que, establecido el vínculo de descendencia, de las relaciones personales surgen consecuencias patrimoniales. En su conjunto recuerdan tales efectos los que se producen en la relación del hijo legítimo con su padre, pero los recuerdan sólo en parte, pues aquéllos son menos intensos y plenos, ya que la posición del hijo natural es de orden inferior a la del hijo legítimo. El legislador se ha inspirado aquí en la idea de que para defender la familia legítima y combatir las uniones libres debe darse al parentesco natural una eficacia más reducida y al hijo reconocido una condición menos favorable, aunque con ello se perjudique a un inocente (1). Esta inferioridad se manifiesta en la limitación personal del vínculo parental restringido a las relaciones del hijo con el padre o madre que le reconoce y que no se extienden a las demás personas; de modo que para el hijo natural no hay una familia en el

(1) Esta inferioridad del hijo natural es cosa que ciertamente repugna al sentimiento; a impulsos del sentimiento se ha acusado a la ley de ser dura e inicua y se ha propuesto elevar la condición del hijo natural. Puede elevarse esta condición aminorando en algunos respectos la diferencia existente entre los hijos legítimos y los naturales; pero no es po-

sentido que tiene la que deriva de matrimonio. El hijo natural tiene un *status familiae*; pero es un estado menos pleno en el que no se reconocen hermanos, hermanas ni otros colaterales, ni tampoco más ascendentes que el padre o madre que reconocen.

Las *relaciones personales* reproducen las que median entre padre e hijo legítimo. Hay también aquí una subordinación del hijo al padre o a la madre, una serie de obligaciones recíprocas, un poder del padre sobre el hijo, que en esencia tiene el mismo contenido que la patria potestad y que es designado para distinguirlo de ésta con el nombre de *tutela legal*. Este poder corresponde a aquel de los padres que hizo el reconocimiento (o a quién fué declarado padre o madre), y si ambos padres reconocieron al hijo (o fueron ambos declarados padres) corresponde al padre dicho poder por analogía con la patria potestad, y le corresponde mientras dura la menor edad (art. 184). A este poder son aplicables muchas de las normas propias de la patria potestad y precisamente los artículos 221 227 y 233 (art. 184, párrafo 2.º); en lo demás rigen las normas propias de la tutela de menores. Se trasmite al hijo el nombre familiar de padre o madre que lo ha reconocido, y en el caso de que ambos padres lo hubieren reconocido, el del padre (art. 185). Incumbe al padre natural la obligación de mantener, educar, instruir y adiestrar al hijo para el ejercicio de una profesión, arte u oficio y la de suministrarle alimentos en caso de necesidad y si el hijo carece de cónyuge o de descendientes que puedan alimentarle (art. 186 párrafo 1.º). Como excepción al principio de limitada eficacia del vínculo de filiación natural, la ley extiende estas obligaciones del padre respecto a los descendientes (legítimos) del hijo natural premuerto; respecto a estos nietos la obligación se supone al abuelo o a la abuela natural con carácter subsidiario, o sea en defecto de la que recae en su madre o en sus ascendientes maternos, que son sus padres legítimos (art. 186) (1).

sible equiparar la condición de ambos hijos sin comprometer la base de la familia legítima. Las reformas del Código civil actualmente en estudio tienden a esta elevación corrigiendo algunas disposiciones que afectan duramente al hijo natural.

(1) La ley habla de la madre o de los ascendientes maternos de es-

La obligación de prestar alimentos es recíproca e incumbe al hijo natural con respecto al padre, pero sin que se extienda más allá de éste; además, solamente rige en el caso de faltar al padre ascendientes, descendientes legítimos y cónyuge que pueda suministrarlos (art. 187). Finalmente, así como el hijo menor tiene el deber de vivir en compañía del padre que le haya reconocido, así también éste tiene el deber de tenerlo en su compañía; pero la protección debida a la familia legítima implica una derogación de esta obligación cuando el padre o madre que reconoció al hijo hubiere contraído matrimonio con persona diversa de aquella con quien hubiere engendrado el hijo natural y el reconocimiento se hubiere efectuado durante el matrimonio; para introducir al hijo reconocido en el domicilio conyugal, la persona que lo hubiere reconocido debe obtener el consentimiento del otro cónyuge a no ser que éste hubiere prestado ya dicho consentimiento en el momento del reconocimiento (art. 183).

En cuanto a las *relaciones patrimoniales*, además de lo dicho relativamente a los alimentos, debe recordarse el derecho recíproco del padre y del hijo a la sucesión legítima, el derecho a la reserva concedido al hijo en la sucesión del padre sin reciprocidad. Estos derechos sucesorios son menos plenos cuando el hijo natural concurre con otros legítimos. La diferencia respecto a la filiación legítima se revela en que la capacidad del hijo natural para heredar por testamento viene limitada si hay hijos legítimos (art. 768) y en que la tutela legal no concede al padre el usufructo legal, pues de éste es requisito indispensable la patria potestad.

Todos estos efectos presuponen un reconocimiento (voluntario o forzoso). Puede ocurrir que la paternidad o maternidad de un hijo conste de modo indirecto por virtud de una sentencia criminal o civil, de la anulación de un matrimonio, de una extinción de los descendientes del hijo natural premuerto, suponiendo que se trate de hijo *varón*; pero lo mismo debe aplicarse cuando se hubiere reconocido una *hija* natural, en cuyo caso tal disposición debe interpretarse en el sentido de que premuerta dicha hija, sus descendientes legítimos antes de dirigirse al abuelo o abuela natural, deberán al padre legítimo o a los ascendientes paternos.

presa declaración del padre. En estos casos, aun careciendo el hijo de estado legal, debe admitirse en su favor el derecho a obtener alimentos del padre análogamente a lo establecido por la ley para los hijos adulterinos o incestuosos (art. 193), porque sin cometer una manifiesta injusticia no se podría hacer al hijo natural de peor condición que al adulterino o incestuoso.

Hijos adulterinos e incestuosos.—Cuando a la falta de matrimonio en los padres se une el impedimento *absoluto* para contraerlo, el hijo posee una condición manifiestamente ventajosa. Adulterino es el hijo de aquellos padres de los cuales uno por lo menos, al tiempo de su concepción, se hallase ligado en matrimonio a persona distinta de aquella con quien lo hubiere engendrado (1); incestuoso es el hijo cuyos padres estuvieren unidos por vínculo de parentesco o de afinidad que constituya un impedimento al matrimonio no dispensable.

La condición que a estos hijos atribuye la ley italiana se traduce en serles negado todo estado familiar; dichos hijos no pueden ostentar vínculo alguno parental con el padre y la madre, porque la ley prohíbe su reconocimiento voluntario y forzoso (artículo 180). El reconocimiento está prohibido de modo absoluto y la prohibición se extiende a ambos padres. Esto es lógico cuando se trata de incesto, porque de este delito son culpables ambos padres; pero no es tan explicable si se trata de hijo adulterino, porque sólo en orden al cónyuge casado hubo adulterio, y sólo para él debía valer la prohibición, no para el padre libre. Pero la ley en este punto se muestra rigurosa, combate el adulterio y el incesto como hechos profundamente perturbadores del

(1) El vínculo conyugal con un tercero debe existir al tiempo de la concepción del hijo. Si Ticio, hallándose casado con Mevia, tiene un hijo de otra mujer que hubiese quedado embarazada de dicho hijo antes de contraer Ticio matrimonio el hijo no será adulterino, y el padre podrá reconocerlo. Sólo en cuanto a los efectos del reconocimiento habrá la limitación de que el hijo no podrá ser introducido en el domicilio conyugal sin el consentimiento del otro cónyuge.

Para la adulterinidad basta que uno solo de los padres estuviese casado con otra persona (art. 108, núm. 1); si los dos lo estuviesen, habrá doble adulterinidad, o sea, violación repetida del orden familiar.

orden familiar y quiere impedir que se compruebe y surta eficacia el origen delictivo del hijo (1). Nadie puede hacer indagaciones respecto al origen del hijo; ni el hijo investigando el padre o la madre (art. 193, párrafo 1.º), ni los demás interesados, por ejemplo, los hijos legítimos del mismo padre a fin de conseguir hacer valer la incapacidad de tal hijo para recibir por testamento o por donación y para privarle de las ventajas patrimoniales que uno u otro de los padres le hubiesen otorgado (artículos 767, 1.053).

Pero, no obstante tan absoluta prohibición, la paternidad o maternidad puede resultar acreditada indirecta y excepcionalmente: una sentencia civil o criminal (por ejemplo, proceso criminal de adulterio o de incesto, juicio civil promovido por el marido de la mujer adúltera por desconocimiento del hijo, juicio para obtener el resarcimiento de daños debido a la mujer seducida), una confesión escrita por el padre o la madre que declara propio el hijo de desconocidos, la anulación de un matrimonio contraído por error o dolo y por personas que no podían contraerlo, pueden revelar de modo cierto quién sea el padre o la madre del hijo nacido del adulterio o del incesto. En estos casos (sólo en estos tres) la ley otorga al hijo un derecho limitado contra el padre, derecho que excluye toda adquisición de estado familiar. El hijo tiene derecho a exigir alimentos y puede ejercitar su acción no solamente contra el padre o la madre, sino también contra la herencia de éstos; tales alimentos le serán asignados en proporción al haber del padre o de la madre y al nú-

(1) Quizás también para proteger al propio hijo. De todos modos tal prohibición debe entenderse *cum grano salis*; cuando la adulterinidad no conste, nada impide que el padre libre reconozca al hijo, el cual en tal caso *aparecerá* como un hijo simplemente natural. Para que la prohibición produzca sus efectos absolutos respecto a ambos padres, deberá darse el caso de que ambos padres quieran reconocer al hijo conjuntamente; en este caso el reconocimiento es nulo respecto a ambos padres. Esto se aplica también al hijo incestuoso porque mientras el incesto no conste, también el hijo *aparece* como simplemente natural. Dusi, *Filiazione*, pág. 731; Venzi en Pacifici, *Ist*, VII, pág. 560, núm. c.

numero y calidad de los herederos legítimos (artículos 193 y 252) (I).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—Los hijos nacidos fuera del matrimonio reciben la denominación genérica de ilegítimos, mas dentro de ella hay que distinguir los hijos llamados naturales de aquellos otros en quienes no concurre esa condición, si bien hay que tener en cuenta que la condición de natural se presume en todo hijo ilegítimo si el reconocimiento es hecho por uno de los padres que en el momento de la concepción pudiese contraer matrimonio (art. 130).

I. *Hijos naturales.* Tienen concepto de tales, los nacidos fuera del matrimonio, de padres que a tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella (art. 119, § 2.º). Son estos hijos los únicos que pueden reconocerse (art. 138), y por lo tanto legitimarse (artículo 119, § 1.º). El reconocimiento de la legitimación se tratará en la nota al párrafo siguiente—puede hacerse conjuntamente por los padres o solamente por uno de ellos (artículos 129 del Código civil español y 179 del Código civil italiano) y en este caso el que reconociese a un hijo, no podrá revelar el nombre de la persona con quien le tuvo, ni circunstancias por donde pudiera averiguarse, sancionándose el incumplimiento del deber, que tienen los funcionarios de no hacer constar tales detalles y tachándose de oficio (art. 132).

Se exige que el reconocimiento sea hecho en acta de nacimiento, testamento u otro documento público (artículos 131 del Código civil español y 181 del Código civil italiano) requiriendo el consentimiento del hijo si es mayor de edad o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, si es menor, salvo que el reconocimiento se hubiese hecho en acta de nacimiento o testamento. El hijo reconocido puede impugnar el reconocimiento (art. 133) y también las personas a quienes perjudique (artículos 138 del Código civil español y 183 del Código civil italiano).

Junto a este reconocimiento que tiene el carácter de voluntario hay otro forzoso a que vienen obligados el padre o la madre (artículos 135 y 136).

El reconocimiento concede al hijo derecho a llevar los apellidos del que lo reconoce, a recibir de él alimentos y a la porción hereditaria que se determina en el Código (artículos 134 del Código civil español y 185 y 186 del Código civil italiano; en cuanto a derechos sucesorios véanse los artículos 840, 841 y 939 a 942 del Código civil español).

II. *Hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición de naturales.* Son los llamados en nuestro antiguo Derecho hijos de dañado y punible ayuntamiento y están comprendidos en ellos: los adulterinos, incestuosos, sacrílegos y mánceres.

Se les conceden derechos limitados a alimentos conforme al art. 143 (artículos 139 del Código civil español y 193 del Código civil italiano); más este derecho sólo podrán ejercitarlo si la filiación se infiere de sentencia firme, si resulta de documento indubidado, y respecto de la madre si se prueba el hecho del parto y la identidad del hijo (art. 140), siendo en los dos primeros casos en los únicos que puede investigarse la paternidad (artículo 141).

§ 117.—*Legitimación. Adopción*

Brugi, *Ist.*, §§ 85-87; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 540, 607; Chironi, *Ist.*, II, §§ 392, 408, 409; Zachariae, *Man.*, III, §§ 518, 524-530; Aubry y Rau, *Cours.*, IX, §§ 546, 554-561; Planiol, *Traité*, I, números 1.549 y siguientes, números 1.569 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 522-525.

Fuera del caso de nacimiento dentro de matrimonio se puede crear por dos modos distintos una situación igual o semejante a la de los hijos legítimos: mediante el vínculo de sangre y la legitimación, que es una institución de favor para los hijos naturales y que representa una ficción en cuanto que el matrimonio que los padres contraen después del nacimiento se considera como anterior a éste, y también mediante la dispensa de la necesidad del matrimonio; o, sin haber vínculo de sangre, mediante la adopción que, imitando la naturaleza, suple la falta de hijos cuando el tálamo es estéril o cuando la desgracia haya privado a una persona de todos sus descendientes. Ambas instituciones intrínsecamente diversas producen el efecto común de equiparar el hijo natural o el adoptivo al legítimo.

I. *Legitimación de los hijos.*—La legitimación es el medio que la ley proporciona a los padres naturales para reparar la falta de matrimonio y para atribuir al hijo, contrayéndolo posteriormente, una posición regular en la familia. Su supuesto es que la prole natural haya sido o sea posteriormente reconocida por los padres: el medio otorgado es la celebración del matrimonio subsiguientemente al nacimiento. Pero tal matrimonio puede resultar imposible, no ya por la existencia de un impedimento absoluto (como el precedente matrimonio con otra persona o el vínculo de parentesco en grado no dispensable, pues en tales casos habría prole adulterina o incestuosa y, por tanto, imposibilidad no sólo de su legitimación, sino también de su reconocimiento) (art. 195), sino por la concurrencia de otros hechos como la muerte de uno de los padres, el haber contraído uno de ellos posteriormente matrimonio con otra persona, la negativa del otro a contraer matrimonio. En tales hipótesis la ley admite benignamente un segundo remedio y basándose en la tradición.

histórica atribuye al Soberano el poder constituir mediante un acto propio la deseada relación familiar: legitimación por Real decreto.

Así, pues, las formas de legitimación son dos (art. 194, párrafo 1.º) y reproducen las dos figuras perfiladas ya en los Derechos romano y común: *la legitimatio per subsequens matrimonium* y *la legitimatio per rescriptum principis* (1). La relación que entre sí mantienen ambas figuras es de subsidiariedad, pues no se puede recurrir a la legitimación por Real decreto más que en el caso de no ser posible la primera, que es éticamente obligatoria para los padres.

La legitimación por subsiguiente matrimonio tiene lugar cuando hay reconocimiento por ambos padres y matrimonio entre éstos. Ahora bien, como la ley admite que el reconocimiento pueda preceder, acompañar o seguir al matrimonio, es evidente que la legitimación se perfecciona cuando se realicen ambos actos o los tres si el reconocimiento es doble y lo hacen ambos padres por separado. No es obstáculo a esta legitimación la existencia de hijos legítimos, porque la introducción del hijo legitimado en la familia no puede perturbar el orden familiar ni lesionar los derechos de los hijos legítimos. Nada más se precisa para que esta forma de legitimación surta plenos efectos, pues no requiere procedimientos ni formalidades especiales. La condición de legitimado en el hijo se deduce de la combinación del acta de matrimonio con el reconocimiento debidamente acreditado.

Más complicación presenta la forma de legitimación por *Real decreto*, porque ésta se sujeta a varias condiciones substantivas y requiere especiales formalidades. Por esto dicha forma de legitimación es menos frecuente que la otra. Las condiciones son las establecidas en el art. 198: 1), que la legitimación sea pedida por ambos padres o por uno de ellos; 2), que el padre o madre

(1) En orden al Derecho romano, Wolf, *La legitimatio per. subs. matr. sec il dir. giust.*, 1881; Dicck, *Beiträge zur Lehre von der leg. durch nachfolgende Ehe*, Génestal, *Histoire de la legit. des enfants naturels en droit canonique*, Paris, 1905; Pitzorno, *La legitt nella storia delle istituzioni familiari del medio evo*, Sassari, 1904.

que la pide no tenga hijos legítimos legitimados por subsiguiente matrimonio ni descendientes de éstos; 3), que dichos padre o madre se hallen en la imposibilidad de legitimar al hijo por subsiguiente matrimonio; 4), que cuando quien la solicite sea casado se obtenga y acredite el consentimiento de otro cónyuge.

Precisa, pues, la solicitud de uno o de los dos padres. Para favorecer la legitimación del hijo la ley consiente que cuando el padre o madre hubiere muerto y consignado en testamento (aunque sea ológrafo) o en documento público su voluntad de legitimar al hijo, éste puede solicitar la legitimación después de muerto el padre, siempre que se pruebe la falta de hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio y la imposibilidad para el difunto de contraer matrimonio (art. 199) (1).

En cuanto a lo forma deberán intervenir tres órganos diversos en la expedición del Real decreto: la Corte de Apelación que aprecia la legalidad de la legitimación, el Consejo de Estado que emite parecer, y el poder real que concede la legitimación. El correspondiente procedimiento que se desenvuelve primeramente en sede judicial y luego en sede administrativa, está expuesto en el art. 200. La demanda de legitimación, acompañada de los documentos justificativos, se dirige a la Corte de Apelación en

(1) En la legislación de guerra se dieron en favor de los militares mayores facilidades. Se admitió que aun sin mediar declaración de uno de los padres de su voluntad de legitimar, bastaba la voluntad de contraer matrimonio manifestada con la otorgación de poder para contraerlo, aunque luego dicho matrimonio fuese imposible por muerte del mandante; la voluntad de legitimar deriva de la otorgación de dicho poder en el caso solamente de que el hijo no hubiese sido aún reconocido (Decreto-ley de 14 de Octubre de 1915, núm. 1.496, art. 1.º). Posteriormente se llegó a admitir que la voluntad de legitimar pudiese resultar de una declaración escrita del padre (militar) difunto y hasta de una declaración verbal hecha por el padre a un Oficial o a un Capellán castrense; podían hacer las veces de tal declaración las publicaciones del matrimonio con la madre o la celebración del matrimonio religioso (Decreto-ley de 23 de Mayo de 1918, núm. 721, art. 1.º).

Por todo ello, ¿habrá que estimar suprimidas todas las formalidades comunes o sea la intervención de la Corte de Apelación del Consejo de Estado, etc.? Véase Faggella, *Riv. dir. pubbl.*, 1918, pág. 361.

cuya jurisdicción resida el solicitante. La Corte, una vez oído el Ministerio fiscal, declara en Cámara de Consejo si concurren o no las condiciones establecidas en los artículos 198 y 199 y «si ha lugar o no ha lugar a conceder la legitimación solicitada». Si el acuerdo es afirmativo, el Ministerio fiscal remitirá de oficio la demanda con los documentos que la acompañan y los informes correspondientes al Ministro de Justicia, el cual oído que haya el parecer del Consejo de Estado sobre la conveniencia de la legitimación, hará la oportuna relación al Rey. Este es libre para conceder o denegar la legitimación. Si la concede, se expedirá a la correspondiente Corte de Apelación el oportuno Real decreto; en la Corte se transcribirá dicho Real decreto en el apropiado registro, y esto, por cuenta de los interesados, se anotará al margen del acta de nacimiento del hijo.

La legitimación en una u otra forma, se verifica por regla general en favor del hijo vivo. Sin embargo, también el hijo premuerto puede ser legitimado en cuanto pueda favorecer la legitimación a los descendientes de éste, pero sólo será posible cuando tales descendientes sean legítimos (art. 196).

La legitimación tiene por efecto atribuir al hijo natural la condición de hijo legítimo; se darán en él, por tanto, todas las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la filiación legítima. Si la legitimación se verifica por subsiguiente matrimonio, tales relaciones surgen desde el día mismo de la celebración del matrimonio si el hijo fué reconocido en el mismo día o anteriormente por ambos padres (art. 197); si, por el contrario, la legitimación tuvo lugar por Real decreto, dichas relaciones surgen el día en que éste fué expedido y con respecto al padre que lo solicitó solamente (art. 201).

II. *Adopción* (1).—Partiendo de la opinión de que la adopción representaba un resabio aristocrático y de que el vínculo civil era no sólo una artificiosa imitación de la naturaleza, sino también un medio de eludir el precepto legal que prohíbe reconocer a los hijos adulterinos e incestuosos, Pisanelli la suprimió

(1) Giolfredi, *La funzione sociale dell'adozione*, Nápoles, 1903; Sisto, *L'adozione e la sua funzione sociale*, Venecia, 1904.

en su proyecto de Código. La Comisión Senatorial la incorporó, sin embargo, a dicho proyecto, regulándola de tal manera y rodeándola de tantas garantías y formalidades, que la adopción se convirtió en institución de raro, excepcional funcionamiento. Sin embargo, la adopción es una institución benéfica, porque se basa en la caridad y el altruísmo y realiza uno de los fines más nobles de la humana existencia, pudiendo dar preciosos frutos si se la despoja de tantos requisitos y formalidades como nuestra ley exige. Una tendencia a realizar esta simplificación se acusó en la época de la guerra europea, pues se advirtió en ella la necesidad de templar el rigor legal (lo mismo hubiera podido advertirse con ocasión de otra cualquiera calamidad pública, como el terremoto y la peste) y de estimular el espíritu de beneficencia y el sentimiento altruista en favor de los huérfanos de guerra (1). Modificada profundamente la *adoptio* romana y medioeval, nuestra adopción representa un medio de procurarse hijos quien no los tenga o quien los hubiere perdido (*in solacium amissorum liberorum*), de depositar en otros los afectos familiares y de asegurar a quienes perdieron sus padres o no los tuvieron nunca su porvenir (2).

(1) Con ocasión de la guerra se establecieron algunas desviaciones o excepciones del Derecho común; con el Decreto-ley de 31 de Julio de 1919, núm. 1.357, se admitió que para los huérfanos de guerra—y tales eran los inscritos en el elenco general prescrito por la ley de 17 de Julio de 1917, núm. 1.143—la adopción podía hacerse aunque dichos huérfanos no hubieren cumplido los dieciocho años; por tanto, sin ser preciso el consentimiento de éstos, al contrario de lo que el Código exige, esto se aplica también a los hijos de padres desconocidos nacidos en tiempo de guerra. En su lugar prestará el consentimiento el órgano tutelar, o sea el Comité provincial de asistencia, previa relación del Juez de tutelas. Sobre estas y otras modificaciones del Derecho común véase de Ruggiero *Deroghe e riforme al C. civile in materia di adozione e di tutela* (*Atti della R. Acc. di Napoli*, vol. 46, 1920, páginas 417 y siguientes).

(2) La institución necesita ser reformada si se quiere que cumpla la función que le es propia. La reforma puede considerarse próxima, pues el proyecto de ley del Ministro Oviglio sobre modificación del Código se refiere también a la institución que estudiamos. Se debía suprimir el *mínimum* de edad que se exige en el adoptando (dieciocho años), rebajar a los cuarenta años el límite fijado para el adoptante (hoy cincuenta) y

El fin de la institución moderna no es el mismo que el de la institución romana, que es la asunción como propio del hijo ajeno, quien cambia su *status familiae*, y rompiendo el vínculo que le unía a su *pater familias* entra bajo la *potestas* del nuevo *pater*. Pero también nosotros tenemos la asunción como propio del hijo de otros padres, pero en tal caso el adoptando no pierde el vínculo que le une a su familia natural y ni siquiera (lo que es más importante) se sujeta a la patria potestad del adoptante, porque ésta (o la tutela legal, si se trata de hijo natural reconocido) corresponde al padre o madre verdaderos. La relación civil (llamada filiación civil) que la adopción crea entre adoptante y adoptado imita limitadamente la relación existente entre padre e hijo legítimos; su mayor eficacia se da en la esfera patrimonial y por eso se ha dicho con exactitud que lo prevalente en ella es su carácter de acto de liberalidad.

Sin embargo, no es posible equipararla a una mera disposición patrimonial; su carácter esencial es el ser un negocio de derecho familiar por el cual se constituye una nueva relación de familia que imita en lo posible la relación natural existente entre padres e hijos. Por ello, entre los requisitos exigidos por la ley figura el de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, que se da también en la generación. Como negocio jurídico que crea una relación familiar, se rige por los principios generales que expusimos a su debido tiempo. El consentimiento es aquí irrevocable, y, como en el matrimonio, el mutuo disenso no podría en la adopción extinguir el vínculo que une a adoptante y adoptado. No basta el consentimiento de las partes, precisa la intervención del Magistrado (declaración de la Corte de

simplificar las formas (actualmente se requiere la intervención de la Corte de Apelación). Me referí a esto en el artículo citado en la nota precedente; con más extensión trata el asunto Polacco *Delle riforme da apportare all'istituto dell'adozione* (*Atti R. Ist. veneto*, t. 8a, parte 2.ª, página 679). No estoy conforme con este autor en cuanto admite la revocabilidad de la adopción; como todo vínculo familiar, el de la adopción, una vez creado, debe ser indestructible; si la adopción fracasó en sus resultados, deben bastar las sanciones que se aplican a los abusos cometidos en el ejercicio de la patria potestad.

Apelación) y es ésta la que propiamente hablando crea la relación. No pueden las partes agregar términos o condiciones o regular en forma distinta de la legal el vínculo creado por la adopción. En suma, no tiene este negocio nada de común con el contrato.

Muchos son los requisitos positivos o negativos, substantivos y formales que, según el sistema vigente, deben concurrir para que se efectúe la adopción.

a) En orden a la edad, debe darse un triple requisito 1), en el adoptado, el *mínimum* de dieciocho años (art. 206), debiendo además consentir en la adopción (art. 208), y tener, por tanto, un cierto grado de discernimiento; 2), en el adoptante, que puede ser persona de uno u otro sexo, se exige la edad de cincuenta años como *mínimo* (art. 202), pues se requiere el haber usado del tálamo y haber perdido la esperanza o disminuído la probabilidad de tener hijos propios; 3); una diferencia de edad entre los dos no menor de dieciocho años (art. 202), para que no falte la base natural de la reverencia y del respeto debidos al padre adoptivo.

b) Del fin de la adopción, que no es otro que el de suplir la falta de hijos, se deriva: 1), que no puede adoptar quien tenga hijos o descendientes legítimos o legitimados (art. 202), subsistiendo la adopción ya efectuada aunque sobrevengan éstos, 2), satisfecha la necesidad hijo, no se pueden adoptar otros (mientras el primero viva), y para tener varios hijos adoptivos precisará que todos ellos sean adoptados en un mismo acto (art. 203); 3), que un mismo hijo no puede ser adoptado por varias personas, a no ser que éstas sean *cónyuges* una de otra (art. 204).

c) Para salvaguardar la *pureza* del vínculo, se exige que en su constitución no se pretenda violar prohibiciones y normas de derecho familiar: 1), no se puede por ello adoptar al hijo natural violando el padre el deber que se le impone de reconocerlo y legitimarlo o burlando la prohibición que afecta a los hijos adulterinos e incestuosos; 2), no es lícito al tutor adoptar al pu-

pilo sino después de haber rendido cuentas de su administración (art. 207).

a) En orden al *consentimiento*, precisa: 1), que la adopción sea querida por ambas partes y que este consentimiento se manifieste personalmente mediante comparecencia ante el Presidente de la Corte de Apelación en cuya jurisdicción tenga su domicilio el adoptante, debiendo recibirlo el Canciller de dicha Corte (art. 213, párr. 1.º); 2), que presten su consentimiento las personas de ambas familias más directamente interesadas, o sean los padres y el cónyuge del adoptante y del adoptando (artículo 208, párr. 1.º) y el Consejo de familia o de tutela del adoptando si éste es menor de veintiún años y no tiene padres que vivan (art. 209); estas personas podrán prestar su asentimiento personalmente, interviniendo en el acto o mediante poder (artículo 212, párrafo 1.º); 3), a la voluntad de los interesados habrá de unirse la del Magistrado; la Corte de Apelación aprueba la adopción si reconoce su conveniencia, y la rechaza si no la estima oportuna, sin que deba manifestar los motivos en que funda su decisión.

e) Respecto a la *forma*, ésta es un documento redactado por el Canciller de la Corte de Apelación ante su Presidente a instancia de los que la solicitan y a presencia de éstos y de los que deben prestar su asentimiento; este documento, o mejor su copia auténtica, es presentado dentro de los diez días siguientes a su redacción por la parte más diligente a la Corte, para que ésta lo autorice (art. 214). La Corte, después de recibir las oportunas informaciones y de hacer indagaciones sobre la moralidad de las personas, la ausencia de impedimentos, la honradez de los propósitos, etc., comprueba si se han cumplido las condiciones requeridas, si el adoptante goza de buena fama y si la adopción conviene al adoptando (art. 215); cuando estas indagaciones dieran resultado favorable, autoriza el acto declarando que «ha lugar a la adopción» (art. 216) mediante un Decreto que es publicado y fijado en los lugares designados por la misma Corte, y luego inscrito en el Diario Oficial del Reino (art. 218). Finalmente, el acto de la adopción dentro de los dos meses siguientes a

la fecha del Decreto de autorización es objeto de una anotación al margen del acta de nacimiento del adoptado (art. 219). Por ello podemos distinguir en la adopción dos actos separados y distintos: el acta de adopción extendida a presencia del Presidente de la Corte y el Decreto de autorización de la Corte; ambos son esenciales a la constitución de la nueva relación familiar.

Los *efectos* de la adopción son a un mismo tiempo personales y patrimoniales. Los *personales* son limitados en un doble sentido: de una parte, porque el vínculo nuevo no destruye el primitivo que liga al adoptado con su familia de sangre, conservando aquél todos sus derechos y deberes frente a ella (art. 212) y sin que aparezca un nuevo titular de la patria potestad o de la tutela legal; de otra, porque la nueva relación familiar se constituye únicamente entre dos personas y no repercute en las familias de éstas, pues el adoptante es extraño a la familia del adoptado como éste lo es también a la familia de aquél (art. 212), salvo en lo referente a impedimentos matrimoniales (art. 60). El adoptado asume el apellido del adoptante adicionándolo al propio (art. 210). El adoptante, si bien no está investido de la patria potestad sobre el adoptado, ejerce algunas facultades inherentes a ella, tales como el prestar el consentimiento al matrimonio del adoptado menor (art. 68, párrafo 2.º); también asume el adoptante la mayor parte de los deberes propios de la patria potestad, como el de mantener, educar e instruir al hijo y el de procurar a éste subsidios y alimentos cuando los necesitare (art. 211, párrafo 1.º).

En cuanto a los efectos *patrimoniales*, aparece en primer término la obligación alimentaria que es recíproca: el adoptante está obligado a alimentar al hijo, y si éste tiene padres legítimos o naturales, aquél está obligado con preferencia a éstos; el adoptado a su vez debe alimentos al padre adoptivo, y si éste tiene hijos legítimos y naturales, está obligado a prestarlos en concurrencia con éstos (art. 211, párrafo 1.º). El vínculo afecta también a las relaciones sucesorias, pero sin que éstas se den con carácter recíproco: sólo el adoptado (y sus descendientes) tiene

derecho a suceder al adoptante y a la cuota de reserva lo mismo que un hijo legítimo (artículos 707 y 806); pero sucede únicamente al adoptante, no a los parientes de éste (art. 737, párrafo 1.º) (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.** — I. *Legitimación.*—La ficción de la legitimidad es la base de esta institución por la que los hijos naturales reconocidos entran a formar parte de la familia legítima. Dos hechos la originan: el subsiguiente matrimonio y la concesión real (artículos 120 del Código civil español y 194 del Código civil italiano). Por el primero quedan legitimados los hijos reconocidos por los padres antes o después de celebrado el matrimonio (art. 121), surtiendo efectos la legitimación desde la fecha de éste (artículos 123 del Código civil español y 196 del Código civil italiano), ya respecto de los hijos, o de sus descendientes si ellos hubiesen fallecido (artículos 124 del Código civil español y 196 del Código civil italiano) y adquiriendo el hijo legitimado en esta forma los mismos derechos que los legítimos (art. 122).

En los casos en que no es posible esta forma de legitimación, si lo solicitase uno de los padres, al menos, que no tenga hijos legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio y con el consentimiento del otro cónyuge pueden legitimarse los hijos por concesión real (artículos 125 del Código civil español y 198 del Código civil italiano), pudiendo también instar esta legitimación los propios hijos (artículos 126 del Código civil español y 199 del Código civil italiano). El procedimiento a seguir para obtenerla es el señalado en el Reglamento de 17 de Abril de 1890 y los derechos que adquiere son el de llevar los apellidos del que instó la legitimación, a recibir de él alimentos y a la porción hereditaria que fija el Código (art. 127), derechos estos bien escasos por lo que el Código es objeto de severas censuras. Como la legitimidad la legitimación puede ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos (art. 128).

II. *Adopción.*—Institución, que finge la paternidad, produce el efecto de trasladarla del padre natural al de adopción, no siendo utilizada con frecuencia quizá porque el Código español — más amplio que el italiano — atribuye más deberes que derechos al adoptado.

Se requieren, por similitud con el padre legítimo, ciertas condiciones en el adoptante: cuarenta y cinco años, plena capacidad civil y quince años más que el adoptado (art. 173), no pudiendo adoptar por razones de moralidad o de orden familiar las personas citadas en el art. 174.

El adoptado no tiene límite de edad y ha de consentir en la adopción, supliendo su voluntad el tutor si es incapaz o si es menor los que hubiesen de prestarla para su matrimonio (art. 178), mas los que personalmente no consintieren pueden impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad o a la cesación de la incapacidad.

La adopción exige aprobación judicial en expediente en que será parte el Ministerio fiscal y se explorará la voluntad del menor si tiene más de siete años (artículos 178 del Código civil y 1.825 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento), otorgándose escritura pública que se inscribirá en el Registro civil (art. 179). Los derechos que de la adopción derivan son para el adoptante el adquirir la patria potestad y derecho a alimentos y para el adoptado este mismo derecho y el de usar el apellido del adoptante con el de su familia natural, respecto de la cual conserva

§ 118.—*Relaciones jurídicas entre padres e hijos*

Brugi, *Ist.*, § 81; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 630; Chironi, *Ist.*, II, §§ 411-419; Zachariac, *Man.*, III, §§ 512-514; 519-523; Aubry y Rau, *Cours*, IX, §§ 548-551; Planiol, *Traité*, I, números 1.636 y siguientes, números 1.683 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 513-520, 525.

De la filiación deriva una compleja serie de relaciones jurídicas entre padres e hijos. Y no solamente derivan estas relaciones de la filiación legítima, que es el vínculo más perfecto y pleno, si que también de la natural (siempre que sea reconocida o declarada) y de la civil, creada por la adopción.

También aquí, como en la relación entre cónyuges, los principios éticos son los dominantes. Hay deberes como los de mutuo afecto, de reverencia, de asistencia, que son, más que jurídicos, morales, obedecen a dictados de la conciencia y del sentimiento y son acogidos, no creados, por la ley; algunos son tan esencialmente éticos, que la ley, al traducirlos a preceptos jurídicos, no consigue hacerlos coercibles. Tal, por ejemplo, el deber que incumbe al hijo de honrar y respetar a los padres (artículo 220), precepto que la ley traduce de la moral, y que, en cuanto impuesto al hijo, cualquiera que sea la edad y la condición personal de éste (por tanto, aun cuando el hijo sea mayor de edad, casado y padre), su observancia se confía a la conciencia del obligado y al influjo que sobre su ánimo puede ejercer la pública reprobación. Y en esto se revela aquel carácter de correlatividad, de fusión de derecho y deber propios de toda relación familiar y de las potestades familiares, tales como la marital, la tutelar y la patria, la cual última es el centro, el núcleo de todas estas relaciones, y no confiere al investido con ella sólo derechos sobre los que le están sometidos, sino que le impone también deberes, teniendo éstos mayor relieve e importancia que aquéllos, ofreciéndose de modo acusado como una institución protectora.

todos los derechos salvo los derivados de la patria potestad. El derecho a heredar el adoptado al adoptante—no existe reciprocidad—está limitado a lo pactado en la escritura de adopción (artículos 175 a 177)

Las relaciones que derivan de la filiación son personales y patrimoniales: el parentesco (legítimo, natural o civil), los poderes familiares (patria potestad, tutela legal), la representación del hijo menor y del concebido y no nacido, la obligación alimentaria, los derechos sucesorios, el usufructo legal, etc., son los efectos

nuados cuando se trata de filiación natural o civil y reducidos a su más mínima expresión (simple obligación alimentaria), si se desciende a la simple relación de sangre sin reconocimiento (hijos naturales no reconocidos, adulterinos e incestuosos). Como de estas filiaciones de grado menor y de sus efectos se trató ya al hablar de los hijos naturales reconocidos, de los no reconocibles y de los adoptivos (párrafos 116 117), y como la doctrina sobre la obligación

fo 105) y la de las relaciones sucesorias se expondrá en el derecho sucesorio, nos limitaremos aquí a la filiación legítima tratando del concepto y atribuciones de la patria potestad.

Concepto y atribuciones de la patria potestad.—Tan distanciada de la patria potestas del Derecho romano como la familia moderna de la agnaticia romana, está la patria potestad moderna y la autoridad que se atribuye hoy a los padres sobre hijos menores. Es esta una autoridad que implica derechos y obligaciones; es, pues, a un mismo tiempo una *potestas* y un *manus*, porque el poder que entraña sobre los sometidos a ella no está exento de cargas, pudiendo decirse que aquél es atribuido con vistas a éstas.

Como poder no es ilimitado; se llama también soberanía doméstica, pero no es una soberanía absoluta (cesó bien pronto de ser tal entre los mismos romanos), porque en su ejercicio está sujeta a muchos frenos para impedir los abusos, pudiendo ser privado de tal potestad quien la ejerza de modo abusivo. Los frenos consisten en la intervención del Estado (1), el cual, me

(1) Se ha dicho muchas veces que la actividad que en tal respecto incumbe al Estado es incompleta, tardía e insuficiente, no sólo porque muchos casos de ejercicio abusivo de la patria potestad quedan impunes, sino porque el Estado nada hace en multitud de ocasiones en que los padres infringen sus deberes; se citan los casos frecuentísimos de

dian te el Ministerio fiscal, ejerce la suprema vigilancia, todo exceso e impone sanciones a quien infringe los deberes que le incumben (art. 233). Esta intervención actúa en los casos aludidos por modo represivo, pero puede actuar preventivamente como cuando se prescribe el nombramiento de un curador especial en el caso de surgir un conflicto de intereses entre padres e hijos (art. 224, párrafos 2.º y 3.º). La institución ofrece, pues, como ya se dijo, el carácter de institución protectora de los hijos menores, que promueve el desarrollo físico e intelectual de éstos y salvaguarda sus bienes materiales y morales.

Sus atribuciones constituyen una serie de facultades y de deberes correlativos que se refieren a la persona física y moral del hijo y a sus bienes. La doctrina suele agruparlas: 1), autoridad educativa con poderes disciplinarios y con la obligación de mantener, educar e instruir a la prole; 2), un poder de representación completado con la obligación de administrar y proteger; 3), un derecho de goce de los bienes del hijo con la obligación de proveer de modo amplio a las necesidades de éste (usufructo legal).

Veremos cómo se manifiestan tales atribuciones después de haber dicho a quién corresponden y trataremos luego de su extinción y modificación.

a) *A quién corresponde la patria potestad.*—Corresponde a ambos padres y no al padre solamente, porque, según la moderna concepción, la madre es igual al padre en relación con el hijo; como a la madre se debe también respeto y obediencia, también a ella debe serle atribuído el poder familiar (art. 220,

abandono de la prole, de corrupción de ésta por los padres entregados al vicio y delincuentes, de degradación moral de la infancia por falta de cuidados, de instrucción, de educación. De todo ello se culpa a la ley, y por ello se reclama la urgente reforma de ésta. Véase Faggella, *Riforma della patria potestà* (en *Atti dell'Acc. Pontaniana*, LIII, 1923, páginas 91 y siguientes). Cierta que en algunos puntos el sistema es mejorable; pero la causa de la deficiente acción estatal no son las normas del Código, que en conjunto son buenas, sino en la penuria financiera en los reducidos ingresos de los establecimientos benéficos. El problema es más social y financiero que legislativo, trasciende del campo del derecho privado.

párrafo 1.º). Sin embargo, como la unidad de dirección es condición esencial de todo organismo disciplinado, sólo al padre es conferido el ejercicio del poder por respeto al principio que establece que al cabeza de familia debe conferirse la suprema dirección y la responsabilidad de todos los actos y decisiones (artículo 220, párr. 2.º). Solamente cuando el padre no pueda ejercer tal poder se transfiere su ejercicio a la madre (art. 220, párrafo 2.º); la causa de esta transferencia puede ser el cambio en la condición jurídica del consorcio familiar (disolución por muerte, caducidad, ausencia [art. 46]) o un obstáculo de hecho (alejamiento temporal, enfermedad mutual, etc.).

¶ Pero lo que se transfiere es el ejercicio, no el poder, porque de éste estaba la madre originariamente ya investida, y se transfiere definitivamente (como en el caso de muerte) o temporalmente (mientras subsiste el obstáculo). En el caso de muerte del padre no se transmite potestad alguna a la madre, pues el poder es intransmisible, y ambos padres están investidos de él en virtud de un título propio e independiente. Reflejo de la preferencia otorgada al padre es la mayor energía con que dicho poder se acusa en él; esta mayor energía se traduce en la posibilidad que al padre se concede de hacerlo valer *post mortem*, limitando la potestad de la madre; por testamento o documento auténtico puede el padre fijar condiciones a la madre supérstite en lo relativo a la educación de los hijos y a la administración de los bienes de éstos (art. 235, párr. 1.º). Lo cual constituye una singular anomalía, porque, por regla general, las potestades familiares se extinguen con la muerte. Esta supervivencia de la voluntad no es característica exclusiva del poder del padre (el padre o madre supérstite puede nombrar tutor a los hijos, proyectando de este modo en el futuro el poder que en él se extingue (artículo 242), y la limitación del poder materno no es una arbitraria y excesiva, pues la madre que no acepte las condiciones fijadas puede apelar al Consejo de familia y al Tribunal, los cuales podrán dispensarla de observar aquéllas cuando las reputen inconvenientes (art. 235, párrafos 1.º y 2.º).

b) *Autoridad educativa y disciplinaria*.—Correlativa del de-

ber de mantener, educar, instruir y adiestrar a los hijos para que obtengan una colocación (art. 138) es la autoridad educativa y el poder de corrección que corresponde a quien ejerce la patria potestad. El hijo debe obediencia al padre (1), y este deber se manifiesta de modo especial en la obligación que el hijo tiene de recibir la educación y la instrucción que directamente o mediante preceptores le sea dada, en el deber de permanecer en la casa paterna o en aquella

le sea dable abandonarla sin permiso paterno. Solamente en un caso es permitido este abandono de la casa, y éste es el de voluntario enrolamiento en el ejército nacional, porque en tal hipótesis, la autoridad paterna y el interés familiar pasan a segunda línea, por lo elevado e ideal del interés de la Patria (artículo 221) (2).

En previsión de las infracciones que de estos deberes cometa el hijo, se atribuye al padre el poder disciplinario. El cual, mientras se ejercita con los medios ordinarios que la costumbre admite, constituye la disciplina doméstica interna, confiada, en cuanto a medios y medida, al discrecional sentido de oportunidad del padre. Cuando asume formas más enérgicas de represión no puede ejercitarse sin el control de la Autoridad judicial.

Los casos más salientes de necesidad de esta más enérgica disciplina y de la intervención del Magistrado son aquellos en que el hijo viola el derecho de custodia que incumbe al padre, sin el cual no podría ejercitarse la autoridad educativa o en que la rebeldía a la autoridad paterna es tan grave, que no basten a reprimirla los medios correctivos ordinarios. Si el hijo abandona la casa sin permiso del padre, éste puede reclamarlo, y recurrir, en caso necesario, al Presidente del Tribunal (art. 221, párr. 1.º),

(1) Véase Caliendo, *Obbedienza al genitore o tutore (Diz. prat. di diritto priv.)*.

(2) Pero esta liberación del hijo del consentimiento paterno sólo es posible en tiempo de guerra y habiendo el hijo cumplido dieciocho años; en tiempo de paz, mientras sea menor, tal consentimiento es necesario: artículos 96, 101, 102 del t. u. de 24 de Diciembre de 1911, núm. 1.497 sobre reclutamiento del Ejército.

cuya providencia tendrá fuerza ejecutiva, es decir, podrá ser ejecutada por el padre, pudiendo éste recabar para su ejecución el auxilio de la fuerza pública. Recíprocamente, el padre que tiene el deber de tener al hijo bajo su guarda, pero que puede, por exigencias educativas, colocar a éste en un colegio o confiarlo a un preceptor, si cree que con los medios ordinarios no corregirá nunca los extravíos del hijo, puede sentir la necesidad de alejarlo de la familia. También en este caso, habiendo resistencia y precisando una represión más severa, pedirá la intervención del Presidente del Tribunal, el cual podrá ordenar la clausura del hijo en un establecimiento de corrección y educación y limitar las obligaciones paternas a la de prestación de los alimentos necesarios únicamente (art. 222).

También el hijo en este respecto está protegido contra los posibles abusos y excesos en el ejercicio de la disciplina paterna. Aparte de la sanción que en los casos más graves se impone al padre que cometa abuso (caducidad o pérdida de la patria potestad), la ley autoriza y ordena alejar al hijo de la casa paterna cuando concurren causas que justifiquen la desconfianza hacia el padre; y como el hijo menor por sí solo, como incapaz que es, no puede pedir la intervención de la Autoridad judicial, se otorga tal facultad a los parientes y al Ministerio fiscal, quienes podrán pedir al Presidente, y, en caso de urgencia, al pretor, la adopción de las oportunas providencias; el decreto del pretor debe ser revisado por el Presidente (art. 221, párrafos 2.º y 3.º). Contra estas providencias, favorables o contrarias al padre que ejerce la patria potestad, se da el recurso ante el Presidente de la Corte de Apelación (art. 223) (1).

c) *Poder de representación y de administración.*—La patria potestad implica en quien la ejerce el poder de representar al hijo menor en todos aquellos actos para los cuales carezca de capacidad (siempre que su naturaleza permita la representación)

(1) Contiene normas especiales que se refieren a los tutores y que son aplicables a los padres, la ley de 18 de Julio de 1917, núm. 1.143, y el correspondiente Reglamento de 30 de Junio de 1918, núm. 1.044 sobre huérfanos de guerra.

y de administrar los bienes del mismo (art. 224); dos facultades (y deberes) que pueden separarse conceptualmente, aunque prácticamente se confundan, siendo una reflejo de la otra. Este poder corresponde al padre (o a la madre), no solamente respecto al hijo menor, si que también respecto al concebido, en virtud del tradicional principio que equipara el *conceptus* al *iam natus*. Se discute si dicho poder corresponde también al padre o le corresponde en la misma medida respecto al *nasciturus* no concebido (1).

En virtud del poder de representación, el padre celebra en nombre y por cuenta del hijo todos los negocios que interesen a éste, y tiene el derecho y el deber de comparecer en juicio como

(1) La discusión tiene su origen en que el art. 224, al referirse a los *nascituros* y a los nacidos, no concreta si se refiere a los *nascituros* concebidos solamente o también a los no concebidos. Estos últimos son tomados en consideración por lo que se refiere a las donaciones y sucesiones dispuestas en favor suyo y sólo cuando se trate de *nascituros* de una determinada persona que viva en el momento de hacerse la donación o de la muerte del testador (artículos 764, párr. 1.º, 860, 1.059, párrafo 3.º). Algunos niegan al padre la representación de estos hijos, pero esto pugna con el art. 1.059, que otorga al padre la facultad de aceptar la donación hecha a dichos hijos, extensiva también al caso de sucesión deferida a los mismos. Otros distinguen el poder de representar del de administrar; el primero correspondería al padre el segundo al administrador o curador, que, según el art. 860, debe nombrarse a estos hijos cuando sean llamados a la sucesión. En efecto, si bien la ley otorga al padre, y en su defecto a la madre, la administración de la herencia o del legado a que sea llamado un concebido (art. 860, párr. 1.º), prescribe, en cambio, en el caso de *concepturus*, el nombramiento de un administrador o curador especial con facultades y obligaciones iguales a las del curador de la herencia yacente (artículos 860, párr. 1.º, 861) análogamente a lo prescrito para el caso de institución condicional. De esto se ha deducido que la representación corresponde substancialmente al administrador, al cual compete la administración y el poder de disposición sobre los bienes; en cambio, al padre no le es otorgado ninguna ingerencia, ni siquiera para autorizar actos de disposición. Así, Coviello (*Giur. it.*, 1922, I, 1, páginas 881 y siguientes), quien reduce la representación en tales casos a meros actos caucionales y a providencias conservativas. En el mismo sentido, Bonfante, *La facoltà del curatore dell'eredità devoluta ai nascituri* (*Foro it.*, 1922, I, páginas 592 y siguientes).

actor o como demandado en lugar del hijo, puede aceptar las donaciones hechas a éste (art. 226, párr. 1.º) y la herencia que al mismo se atribuya; pero, en este caso, deberá aceptarse siempre con beneficio de inventario, para evitar que se irrogue perjuicio al hijo atribuyéndole una herencia pasiva (art. 930). Si el padre no puede (1) o no quiere aceptar lo que al hijo es dejado, a instancia del propio hijo, de un pariente o de oficio por el Ministerio fiscal podrá pedirse la intervención del Tribunal que autorizara la aceptación, nombrando a tal fin un curador especial; el Tribunal deberá oír al padre (art. 226). Igualmente por lo que se refiere a las donaciones, si éstas no son aceptadas por el padre, podrán serlo por la madre (o por los demás ascendientes), previa autorización del Tribunal (art. 1.059, párr. 1.º) (2).

El poder de administración no es ilimitado, sino más bien restringido: de una parte es solamente poder de administrar, no de disponer; de otra, la administración misma se extiende a los actos ordinarios, excluyéndose los extraordinarios (3). Por consiguiente, el padre no puede enajenar ni hipotecar los bienes del hijo, ni pignorarlos, contraer mutuos y además obligaciones que excedan de la simple administración (art. 225, párrafo 1.º). Para

(1) La ley (art. 226) «no pueda o no quiera», y habla únicamente del padre. Pero debe entenderse el padre que ejerce la patria potestad, y, por tanto, la madre también si el padre ha muerto o está ausente. Viviendo el padre y ejerciendo éste la patria potestad, la madre no podría aceptar, y si simplemente (como otro pariente cualquiera) pedir la autorización del Tribunal.

(2) Mientras en el art. 226 no se hace referencia alguna a la madre en el caso de negativa del padre a aceptar la herencia o el legado en el artículo 1.059 relativamente a las donaciones, se prevé expresamente que la madre acepte en lugar del padre que rehusa. La diversidad es, a mi juicio, meramente formal, porque no hay razón que justifique la diversidad de disposiciones en orden a la herencia y a la donación; la madre en uno y otro caso puede aceptar, previa decisión del Tribunal que autorice dicha aceptación.

(3) En esta y otras disposiciones del Código fundadas en la distinción de actos ordinarios y extraordinarios de administración, es difícil la formulación teórica de esta distinción y la determinación de los actos que figuran en una u otra categoría. Para un examen casuístico, véase Venzi en *Pacifici, Ist.*, VII, pág. 67, n. e.

realizar tales actos debe ser autorizado en cada caso por el Tribunal, y éste no puede conceder la autorización si no responden dichos actos a necesidad o utilidad evidente del hijo. También deberá ser autorizado para percibir capitales (basta para poder percibirlos una providencia del pretor, lo mismo que para enajenar cosas muebles deteriorables) a fin de proveer al nuevo empleo de los mismos y de asegurar tal empleo (art. 225).

En esta función el padre tiene deberes comunes a los del administrador de los bienes ajenos; debe emplear la debida diligencia, rendir cuentas, asumir la responsabilidad. Pero no puede equipararse a un tercero extraño, a un mandatario, a un gestor de negocios, y ni siquiera podrían extenderse a él las rigurosas disposiciones dadas para la administración del tutor. No hay que olvidar que la relación de sangre y el vínculo de subordinación hacen que se estime diversa la posición del padre; el afecto natural que debe profesar al hijo ha de tenerse en cuenta por la ley, ésta debe evitar también que se ofenda al padre en su dignidad, y ofensa sería otorgar al hijo que ha alcanzado la mayor edad un poder de fiscalización ilimitado sobre la gestión del padre. Habrá que juzgar, de modo menos rígido que como se juzga la gestión del tutor o de un mandatario, de los actos de gestión y de las cuentas del padre.

Se comprende que en el desempeño de esta función surjan fácilmente conflictos de intereses entre padre e hijo y que no se pueda en tal caso dejar a la apreciación (forzosamente parcial) del padre la decisión y ejecución del acto. La existencia de un conflicto se presupone cuando el padre quiere adquirir los bienes del hijo, aun cuando haya necesidad o utilidad para el hijo que impongan la venta; de aquí la disposición que prohíbe de modo absoluto al padre el comprar los bienes del hijo, aun cuando licitase en subasta pública (art. 1.457). En los demás casos en que haya oposición de intereses entre padres e hijos, la decisión deberá confiarse a un curador especial nombrado al hijo por el Tribunal, y si el conflicto surge en un litigio, por la autoridad judicial que conozca del mismo (art. 224, párrafos 2.º y 3.º). La misma norma es aplicable al caso en que el conflicto de intere-

ses surgiese entre hijos sujetos a una misma patria potestad, porque si en aquella hipótesis el padre podría muy bien hacer prevalecer el interés propio, en ésta la preferencia otorgada por él a uno de los hijos podría privarle de la serenidad necesaria.

La violación de las normas restrictivas predichas implican la anulabilidad (el Código dice nulidad) del acto. Pueden ejercitar la acción de anulación el propio padre, el hijo y sus herederos o causahabientes (artículos 227 y 1.107). Y como se trata de anulabilidad, el acto puede ser convalidado mediante confirmación o cumplimiento voluntario, o también por el no ejercicio de la acción durante el quinquenio siguiente a la mayor edad del hijo.

El poder de administración puede cesar por pérdida de la patria potestad, de la cual es atributo natural, por disposición de tercero que done o deje bienes al hijo ajeno. La ley permite a quien instituye heredero al menor que pueda nombrar a éste un curador especial para administrar los bienes que le transmite (artículo 277). Facultad grave, porque priva al padre de aquel atributo que sólo la ley y por causas determinadas puede retirar a su titular, pero justificada, atendido el prevalente interés del hijo a quien el tercero no dejaría quizás sus bienes si supiese que éstos habían de ser administrados por un padre inepto o vicioso. Por otra parte, la facultad otorgada al tercero no priva al padre de la representación legal de su hijo, merma sí, el poder familiar, pero sólo limitadamente a los bienes donados o legados.

d) *Usufructo legal*.— La institución del usufructo legal cuyos precedentes históricos se hallan en la legislación justiniana y precisamente en el usufructo otorgado al *pater familias* sobre los *bona adventicia* del *filius*, es un atributo estrictamente patrimonial de la patria potestad, al padre que ejerce ésta se atribuye un derecho real de goce sobre los bienes del hijo que dura mientras éste viva o hasta que alcance la mayor edad o sea emancipado. Su fundamento—que en Derecho romano era la unidad patrimonial de la familia concentrada en el cabeza de ésta, y que en la última época, cuando tal unidad se perdió, el usufructo legal fué el último resto o vestigio de tal unidad—

buscarse hoy en la necesidad de satisfacción por los gastos y cuidados que pesan sobre él por la manutención y educación de los hijos, y en la consideración de tal usufructo como un medio de asegurar el cumplimiento de dichos deberes. Tal usufructo ha conservado las limitaciones objetivas que tenía en la antigüedad, pues no se otorgaba sobre todos los bienes del hijo, sino solamente sobre los que éste adquiriría por donación o sucesión hereditaria o por cualquier otro título lucrativo (artículo 228).

Se excluyen de dicho usufructo los bienes adquiridos por otra causa o título, y como no era posible, sin causar perjuicio al hijo, impedir al tercero que dejase o donase bienes al hijo, el privar al padre de éste de la administración sobre los mismos (por las mismas razones que según vimos antes autorizan al tercero para privar al padre de la administración de los bienes dejados al hijo, art. 247), quedan exentos los bienes adquiridos a título lucrativo cuando se dé tal condición (1). Por tanto, no son objeto de usufructo:

1) Los bienes dejados o donados al hijo con la condición de que el padre no tenga el usufructo sobre ellos, ya sea esta condición expresa, ya tácita derivada implícitamente del contenido de la disposición; la condición dicha sería ineficaz en orden a los bienes reservados al hijo en concepto de legítima, porque su atribución en tal caso es independiente de la voluntad del causante.

2) Los bienes adquiridos hereditariamente por el hijo cuando en el padre concurrese una causa de indignidad para suceder (art. 728).

3) Los bienes dejados y donados al hijo para emprender una carrera, arte o profesión (art. 229, núm. 2).

4) Los bienes dejados o donados al hijo si la donación o el legado hubieren sido aceptados por un curador especial por causa de negativa del padre a aceptarlos (art. 229, núm. 3).

(1) La exclusión del usufructo no implica privación del derecho de administrar; se trata de dos facultades distintas y para excluir la última precisa el nombramiento de un curador.

5) Finalmente, todos los bienes que el hijo adquiriera con ocasión o por causa de la milicia, oficios, empleos, profesiones o artes, o por otra causa con su propio trabajo o ejerciendo independientemente una industria (art. 229, núm. 4).

El derecho de usufructo corresponde a aquel de los padres que ejerza la patria potestad; muerto el padre o perdida ésta, se transfiere a la madre (art. 231). Y como es un atributo inherente al poder familiar; es inseparable de éste; es inalienable, pues no puede cederse ni siquiera su ejercicio; no es hipotecable (artículo 1.967, núm. 2), no puede ser objeto de ejecución por los acreedores del padre usufructuario (1).

Estas restricciones y otras particularidades concernientes al contenido del goce, hacen este usufructo legal algo distinto del usufructo ordinario. Mientras en el usufructo común sobre el usufructuario gravitan las cargas que la ley establece (artículos 496 y siguientes), en el que nos ocupa, a estas cargas normales se agregan los gastos de manutención, educación e instrucción del hijo, pues a las atenciones de éste es tal usufructo destinado de modo preferente (art. 230); en cambio en él se exime al padre de la obligación de prestar fianza, porque ésta sería incompatible con la dignidad del padre y con la relación de subordinación existente entre padre e hijo (art. 497, párr. 1.º).

Difiere también del usufructo ordinario por los modos de su extinción. Se extingue tal usufructo al terminar la patria potestad, esto es, por la mayor edad del hijo o por su emancipación, o antes por la muerte del hijo (art. 232); por pérdida de la patria potestad o por abuso cometido por el padre cuando el Tribunal ordene que aquél sea privado de todo o parte del usufructo (artículo 233); por contraer segundas nupcias el padre que tenga el usufructo (art. 232); éste es readquirido por el padre cuando el segundo matrimonio quede disuelto. Por la separación judicial de los cónyuges por culpa del que de ellos tenga el usufructo

(1) A lo sumo es admisible un derecho de ejecución y una facultad de cesión limitadamente a la parte de los frutos sobrante después de haber cubierto las cargas y atenciones a que el usufructo está sujeto en favor del hijo. Se adopta, pues, la misma solución que para los frutos de la dote. Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 683, n. i.

(artículo 156); por los demás modos de extinción del usufructo ordinario.

Si habiendo cesado el usufructo el padre continúa gozando de los bienes del hijo que habita con él, sin mandato, pero también sin oposición del hijo o también mediando mandato sin la condición de rendir cuentas de los frutos, se aplica el mismo principio que rige para el caso del marido que administra los bienes de la mujer (art. 1.429): él y sus herederos están obligados a entregar los frutos *extantes* en el momento de deducirse la demanda (art. 234).

Extinción de la patria potestad.—Ordenada a la protección del incapaz, tal potestad se extingue naturalmente cuando cesa la necesidad de protección, es decir, cuando el hijo cumple la mayor edad o cuando quien es investido de dicha potestad no es capaz o digno de ejercerla.

En el primer supuesto las causas son dos: la mayor edad del hijo y su emancipación.

Emancipación es la disolución para el hijo menor del vínculo de la patria potestad (y si se halla sujeto a tutela, de la tutela) por la aptitud en él reconocida para realizar actos jurídicos que no entrañen mucha gravedad e importancia. Es este un efecto que la ley asocia al matrimonio del menor o a una concesión del padre que libera al hijo de tal vínculo. Puede reconocer dos causas y ser de dos especies: legal y voluntaria. Legal o de derecho es la que deriva del matrimonio (art. 310); pues al permitir que el menor contraiga matrimonio, se debe suponer en él madurez de juicio suficiente para poder realizar por sí otros actos de menos relieve que aquél. También esta emancipación puede estimarse una consecuencia de la voluntad del padre que la quiso indirectamente al prestar su consentimiento para el matrimonio. El límite de edad requerido es el establecido para contraer matrimonio. Voluntaria o expresa es la que tiene lugar mediante declaración solemne del padre que ejerce la patria potestad hecha ante el pretor (art. 311), cuyo fin es otorgar al hijo una capacidad de obrar limitada, o sea la de realizar actos que

no excedan de la simple administración (art. 317) (1). Es posible dicha emancipación cuando no haya patria potestad y sí solamente tutela legal (hijos naturales) o tutela verdadera y propia (pupilos). El padre natural, en el primer caso hará la declaración y en el segundo será precisa una decisión de los Consejos de familia y de tutela (artículos 311, 312 y 313), sin que ésta deba ser autorizada por el Tribunal. En este caso ha de concurrir un requisito fijo de edad, es decir, el haber cumplido el menor dieciocho años, no ya porque se requiera el consentimiento del hijo (la emancipación es acto unilateral), sino porque antes de esta edad (no habiendo matrimonio) la ley presume que no hay madurez de juicio suficiente. Tanto si la emancipación es legal como si es voluntaria, se concede al hijo menor un curador cuya misión es no ya representar a dicho hijo, sino asistir a éste en todos los actos que excedan de la simple administración (artículo 318); en la emancipación otorgada por el padre, dicho curador es el propio padre emancipante (art. 314, párrafo 1.º); en la otorgada por el Consejo de familia o de tutela, la persona nombrada por estos Consejos (art. 314, párrafo 1.º); en la que tiene lugar por matrimonio, el padre, o en su defecto la madre, y a falta de ambos, la persona nombrada por dichos Consejos; si la madre es menor, será curador de ella su marido (art. 315).

En el segundo aspecto la patria potestad se pierde por ausencia, o por interdicción judicial (2), o por pena, o por con-

(1) En orden a la habilitación para el ejercicio del comercio, véanse los artículos 9 y 10 del Código de Comercio.

(2) Es cierto que la ley no dice en ninguna parte que la interdicción por enfermedad mental implique pérdida de la patria potestad. Muchos lo niegan por la consideración de que la pérdida es una pena y de aquí que no hay culpa del padre, sino más bien una lamentable situación.

Pero también en la ausencia no hay (o puede no haber) culpa del padre, y la ley admite que la patria potestad cesa en este caso; por analogía debe aplicarse esto a la hipótesis de interdicción judicial, ya que en ambos casos no es posible el ejercicio del poder familiar. A lo sumo puede decirse que aquí (como en la ausencia) la pérdida no es definitiva, porque así como la ausencia puede cesar con el regreso, así la sentencia de interdicción puede revocarse por curación sobrevenida. En favor de la pérdida de la patria potestad, diremos que si se estima que

dena grave, o en caso de abuso. La condena penal que determina su pérdida necesariamente es la de presidio (art. 33 del Código penal) y cualquiera otra que se imponga a los delitos de violencia carnal, corrupción, etc., cometidos en la persona de un descendiente (art. 349 del Código penal); en otras condenas graves, a la reclusión por tiempo mayor de cinco años, el Juez puede adicionar la pérdida de la patria potestad (artículos 33 y 392 del Código penal). En caso de abuso que de su poder hiciera el padre violando sus deberes o descuidando su cumplimiento y administrando mal los bienes del hijo, el Juez civil apreciará la gravedad de tal abuso y podrá privar al padre de sus derechos transfiriendo la potestad a la madre, o nombrando un tutor, o limitar solamente los poderes del padre, privando a éste de la administración de los bienes o del usufructo legal y nombrando al hijo un curador.

Respecto a los efectos que las segundas nupcias pueden producir en orden a las atribuciones de la patria potestad nos remitimos a lo expuesto en su lugar oportuno (1).

tal potestad no cesa, debería ésta ser ejercida sobre el hijo por el tutor del padre, lo cual no es conforme a los principios que rigen la materia tutelar.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—De igual modo que el Código italiano (artículo 220), el nuestro en el art. 154 atribuye la patria potestad al padre y en su defecto a la madre; mas ésta no puede ser privada, o minorada, de ejercerla al fallecimiento del marido por acto voluntario de segundas nupcias (salvo declaración en contra del marido) y recobrándola si enviudara de nuevo (artículos 168 y 172). Esta función se ejercerá respecto de los hijos naturales reconocidos o adoptivos por quien los reconoce o adopta (art. 154, § 2.º).

El ejercicio de la patria potestad, por la que el padre puede exigir obediencia al hijo mientras esté bajo su potestad y respeto y reverencia siempre (art. 154), obliga al padre a alimentarlo, tenerlo en su compañía, educarlo e instruirlo con arreglo a su fortuna y representarlo en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho (artículos 155 del Código civil español y 138 del Código civil italiano), pudiendo corregirle y castigarle moderadamente, obteniendo, en casos necesarios, el apoyo de la autoridad gubernativa o del Juez municipal (artículos 156 a 158 del Código civil español y 222 del Código civil italiano); mas si extremasen su dureza o les diesen ejemplos o consejos corruptores, pueden ser privados de la patria potestad (artículos 171 del Código civil español, y 271, §§ 2.º y 3.º del Código civil italiano).

En orden a los bienes de los hijos, el padre o la madre, son los administradores mientras estén bajo su potestad (art. 119), aunque sean donados o legados para instrucción o educación del hijo, salvo que el

donante dispusiese lo contrario (art. 162). Los bienes adquiridos por el trabajo del hijo o por su industria le pertenecen en propiedad, mas el usufructo es de los padres, salvo que aquél viviese separado de éstos con su consentimiento, que le corresponden propiedad, usufructo y administración (art. 160), careciendo, en cambio, de derechos sobre los bienes que adquiriera con caudal de los padres, salvo en lo que éstos le cediesen expresamente (art. 161).

Tienen los padres las obligaciones de todo usufructuario (art. 163) y no podrán enajenar los bienes inmuebles de sus hijos sin la correspondiente autorización judicial (art. 164) designándose un defensor judicial al menor cuando su interés sea contrapuesto al de sus padres (art. 165).

La relación paterna filial se extingue por muerte, y por emancipación o adopción del hijo; este último medio es solamente una sustitución de la patria potestad que se atribuye al adoptante, y la muerte de los padres puede dar lugar al nacimiento de instituciones de guardaduría que les suplan (art. 167).

La pérdida de la patria potestad tiene lugar cuando así se declare en sentencia en juicio criminal o en pleito de divorcio (art. 169), y se ocasiona la suspensión por incapacidad o ausencia del que la ejerza, por interdicción civil, y respecto de la madre viuda, por segundas nupcias (artículos 170-168 y 172), originando la pérdida o la suspensión el acuerdo del Tribunal en casos de dureza excesiva en la corrección o de ejemplos o consejos corruptores (art. 171).

El caso más corriente de extinción es el originado por emancipación, que puede derivar de mayor edad, matrimonio o concesión del padre (artículo 314).

La mayor edad comienza a los veintitrés años, sin que la mujer pueda abandonar la casa paterna hasta los veinticinco, a no ser para tomar estado (artículos 320 y 321), atribuyendo al mayor capacidad para todos los actos de la vida civil.

El matrimonio emancipa al hijo, pero no puede comparecer en juicio, tomar dinero a préstamo ni gravar ni enajenar inmuebles (art. 59), ni aun administrar si se casó contra las prohibiciones del art. 45 (art. 50, regla 3.^a)

La emancipación por concesión del padre se otorga con carácter irrevocable y en escritura pública o declaración ante el Juez municipal; el emancipado ha de tener dieciocho años y consentirla y el acto ha de inscribirse en el Registro civil para que surta efecto frente a terceros (artículo 316). A pesar de la emancipación, no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles ni comparecer en juicio sin estar debidamente asistido (art. 317). Como equivalente de esta forma de extinción de la relación paterno filial, existe para los huérfanos la llamada habilitación de edad, que ha de aprobar el Presidente de la Audiencia territorial (artículos 323 a 324).

CAPITULO XXVIII

Tutela y curalela

§ 119.—*Instituciones de protección a los incapaces*

Brugi, *Ist.*, § 88; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 690; Chironi, *Ist.*, II, § 420; Zachariae, *Man.* II, § 544; Aubry y Rau, *Cours*, I, § 36 bis; Planiol, *Traité.*, I, números 1.627 1.634; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 332, 526 (1).

El estudio de los institutos protectores de personas incapaces debiera hacerse en la parte relativa al *derecho de las personas*, pues dichos institutos se refieren a determinados estados personales cuyo supuesto es una incapacidad natural o legal para realizar actos jurídicos y que implican la necesidad de colocar a tales personas bajo la protección y vigilancia de otras (2); pero la exposición escolástica suele estudiar tales instituciones en el *derecho de familia*, considerándolas, no sin fundamento, como formando un complemento de este derecho, pues no sola-

(1) Magoin, *Traité des minorités tutelles et curatelles*, París, 1835 (2 vols.); Chardon, *Traité des trois puissances paternelle, maritale et tutelaire*, París, 1841 (3 vols.); Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutella*, París 1846 (2 vols.); Dufour, *Traité de la tutelle et de l'administration légale*, 1877; Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft aus dem gem. in Deutschl. gelt. Rechten entwickelt*, 1832-34 (3 vols.); Krant Die, *Vormundschaft nach den Grundsätzen dent. Rechts.*, 1835-1839 (3 vols.); Paoli, *La tutela, l'interdizione e l'inabilitazione*, Génova, 1881; Boggio, *Persone fisiche incapaci*, Torino 1889; Piola, *Personne incapaci* (en la col. *Il dir. civ. it.* de Fiori).

(2) En este criterio se inspiran algunos autores, así por ejemplo, Aubry y Rau, quienes en su tratado estudian esta materia al hablar de la capacidad de las personas. Por el contrario, Windscheid, *Pand.*, II § 432, núm. 4, aun reconociendo que por una parte (representación, potestad) la tutela corresponde al derecho de familia y a la parte general, considera más conveniente estudiar esta materia (y así lo hace) en la parte distinta a obligaciones, por las relaciones obligacionales que la gestión tutelar origina.

mente las normas que las rigen o justifican en la organización familiar, sino que en realidad los casos más importantes y frecuentes (tutela de menores, curatela de los emancipados y curatelas especiales para los casos de conflicto de intereses), crean poderes, subordinación de personas, operándose una subrogación o sustitución de poderes familiares que no existen o que cesaron, y en los demás casos, cuando no hay subrogación (tutela de los enfermos mentales y de los condenados, curatela de los inhabilitados y otras curatelas especiales), los poderes creados son una imitación de los primeros. También aquí como en los derechos de familia habrá que apreciar un doble aspecto: el de las relaciones meramente personales y el patrimonial que originan una serie de obligaciones entre la persona incapaz y aquella a quien se confíe su protección, siendo preponderante el aspecto patrimonial por la idea (quizás excesiva y exagerada en el sistema del Código) de que tales instituciones deben tender sobre todo a la defensa de los bienes y de los intereses materiales, no obstante no ser menos importantes que éstos los morales y sociales.

Distintos son los casos en que hay lugar al ejercicio de tales funciones protectoras. En cuanto a las causas de tal ejercicio pueden ser la menor edad, unida a la carencia originaria o posterior del padre que ejerza la patria potestad (en orden a los hijos legítimos) o la tutela legal (respecto a los hijos ilegítimos), o enfermedad mental grave (interdicción) o menos grave (inhabilitación, o condena penal (interdicción legal), liberación de los vínculos de la patria potestad (emancipación), o enfermedades somáticas (sordomudez o ceguera de nacimiento), o la prodigalidad, o sea todos aquellos hechos que privan al menor de la capacidad de obrar o se la disminuyen; también el hecho de darse un conflicto de intereses (conflicto entre el menor y el padre que ejerce la patria potestad entre menores sujetos a la misma patria potestad, etc.), o también la inexistencia del titular de un patrimonio o la ausencia de dicho titular u otras circunstancias que exijan la adopción de medidas cautelarias o protectoras de los bienes que no tengan propietario actual, o personas cuyo naci-

miento se espere (curatela de vientre, curatela de la herencia deferida a los concebidos y no nacidos, etc.). En cuanto a las funciones, éstas son de representación con sustitución de la voluntad inexistente de la persona protegida por la del investido con dicha representación, o de simple asistencia con integración plena de la voluntad del incapaz por la adición de la voluntad de otro; de fiscalización y autorización preventiva o de aprobación y autorización posterior; poderes de decisión, de simple ejecución; de vigilancia, de veto, de oposición; concernientes a la esfera personal y moral del incapaz (educación, instrucción, colocación del menor, protección y asistencia del enfermo mental), o a su esfera patrimonial (conservación y administración de los bienes). Por cuanto varias, todas estas figuras pueden agruparse en dos tipos fundamentales: los de *tutela y curatela*, los cuales responden a dos formas sustanciales de protección: *representación y asistencia*. Pues prescindiendo de las particularidades que ofrecen los casos singulares y de las normas especiales que representan desviaciones del tipo común, puede sentarse como principio general, que mientras la tutela es ordenada para personas absolutamente incapaces (menores de edad, enfermos mentales, interdictados, interdictados por condena penal), y como correspondiente a ella, se da un poder de representación; la curatela es ordenada para las personas parcialmente incapaces (menores emancipados, inhabilitados por enfermedad mental menos grave, sordomudos y ciegos *a natiuitate*, pródigos), y corresponde a ella una simple función de asistencia e integración de la voluntad del incapaz por el consentimiento del curador. Esto se entiende aplicable a la curatela ordinaria, porque las curatelas especiales no siempre suponen la existencia de un incapaz; tampoco es legalmente imposible que el curador ejerza funciones de representación.

Los orígenes históricos de la doble institución de la tutela y de la curatela (consideradas en su figura ordinaria de protección de menores y de enfermos mentales), se remontan al derecho estatutario italiano, y como fuente más remota al Derecho romano, al cual se añadieron elementos de derecho germánico. Pero

la ordenación moderna de estas instituciones difiere mucho de la antigua. El propio Derecho romano ofrece en su proceso histórico modificaciones tan profundas, que bien puede afirmarse que las instituciones del período justiniano apenas si son una sombra de las del período clásico y de la época antigua.

En los orígenes la *tutela impuberum* (y más aún la *tutela mulierum*, la cual cayó en desuso y desapareció más tarde), fué concebido como poder creado en ventaja de los agnados para la defensa de los intereses familiares y para asegurar el derecho hereditario del grupo agnaticio con preferencia al provecho o ventaja que tal institución pudiera reportar al pupilo. Es un derecho del tutor; por la tutela se confiere al tutor un derecho o sobre la persona del tutelado cuya personalidad queda más que absorbida, integrada con la del tutor. Este carácter refleja la definición de este instituto, dada por el jurisconsulto Servio (1): *tutela est vis ac potestas in capite libero*. Pero con el tiempo se va afirmando y va prevaleciendo la idea de que esta potestad es conferida para la protección del impúber y de la mujer incapaces por la edad y por el sexo para actuar por sí solos. La misma definición de Servio añade poniendo de relieve el fin protector la sustitución *ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere neguit*. De este modo la tutela pasa a ser un *munus*, se convierte de derecho en deber, es un *onus*, y por la participación—mayor cada día—que el Estado toma en la organización de la tutela, asume ésta el carácter de un deber público, al cual no es lícito sustraerse sino por causas determinadas de exención (*excusationes*), debidamente comprobadas por el Magistrado.

La actividad del tutor se traduce en dos funciones distintas: integrar por un lado la capacidad del pupilo, cuya voluntad, sin estar totalmente ausente, se completa con la del tutor, quien interpone la propia *auctoritas* en los actos del pupilo; tener por otro lado a su cargo la gestión patrimonial, actuando el tutor sólo bajo su responsabilidad, sustituyendo al pupilo en los ac-

(1) Fr., 1 pr., D. 261, reproducido en las Instituciones justinianas, § 1, Inst. I, 13, en donde en lugar de *vis ac potestas* se escribe *ius ac potestas*.

tos concernientes a los bienes de éste. *Interpositio auctoritatis* y *gestio negotiorum* se desenvuelven bajo el control de la autoridad pública, dándose a ambas partes acciones judiciales para exigir la rendición de cuentas, la remoción del tutor y el reembolso de los gastos. La tutela cesa con la pubertad. La que recaía sobre las mujeres era en cambio perpetua, hasta que la institución cayó en desuso.

La curatela es una institución paralela, pero distinta. Tiene también carácter de función pública; se da para la protección de personas incapaces y requiere también la intervención de la autoridad. Sin embargo, por su esfera personal de aplicación, por las funciones propias que ejerce el investido con la curatela, se contraponen ésta en la tutela. En cuanto a las personas, se da la curatela para el loco (*cura furiosi*), para el pródigo (*cura prodigi*), para los menores, o sea para quienes habiendo salido de la pubertad no hubieren cumplido veinticinco años (*cura minorum*). En cuanto a las funciones de la curatela, diremos que recaen sobre el patrimonio, nunca sobre la persona (de aquí el proverbio *tutor personae datur, curator bonis*, el cual en cuanto al primer miembro no es exacto). Estas funciones se exteriorizan, no con la *interpositio auctoritatis*, que es un acto exclusivo del tutor, y sí solamente con la gestión patrimonial, con la administración de los bienes del furioso o del pródigo. Sólo cuando a las dos originarias y más antiguas curatelas del furioso y del pródigo, se añadió la llamada *cura minorum*, la cual desenvolvióse luego, ocurre que la actividad del curador se manifiesta mediante un *consensus* que implica una autorización por el curador del acto querido por el menor y consiguiente una integración de capacidad no distinta de la que realiza el tutor con la *interpositio auctoritatis*. Ocurrió además este fenómeno: transformada la *cura minorum*, de institución esporádica cuya creación solicitaba el propio menor para realizar un determinado negocio, en institución general y estable para todos los *minoris*, la persona del incapaz se halló primeramente sujeta a tutela por ser impúber, luego a curatela hasta haber cumplido los veinticinco años. Así, pues, la curatela apareció como una continuación de

la tutela, y poco a poco por efecto de transformaciones sucesivas y de la desaparición, en el período justiniano, de las diferencias originarias que separaban ambas instituciones, la tutela y la curatela se asemejan y casi se confunden. Tal confusión que es evidencia en la legislación de Justiniano se acentúa en el período siguiente, en el cual se atenúan o se pierden las características diferenciales de una y otra institución. Luego se injertan elementos del Derecho germánico. Surgen vivas discusiones entre los historiadores del Derecho sobre la parte de las modernas instituciones que se debe al Derecho germánico, al Derecho romano y a las costumbres locales (1). Lo cierto es que la confusión a que antes aludimos se aumenta y perpetúa; mientras algunas normas reproducen los principios romanos, otras derivan del derecho bárbaro y quizás de éstas procede la institución del Consejo de familia adicionada como órgano deliberante al tutor y al curador. Luego se abre paso el concepto de la representación, provocándose con ello una radical transformación respectivamente a la función ejercitada por el tutor. A través del Derecho municipal y del estatutario se prepara el advenimiento del Derecho moderno con las instituciones de la tutela y de la curatela.

Si comparamos el ordenamiento de nuestro Código con el Derecho romano, puede decirse que salvo algunos principios fundamentales conservados por virtud de una larga tradición, el sistema vigente nada tiene que ver con el antiguo. Nuestra tutela no se da solamente por razón de edad, si que también por causa de enfermedad mental grave que prive al enajenado de la conciencia de sus actos; para nosotros es tutela no sólo la de los menores de edad, si que también aquélla a la que los romanos llamaban *cura furiosi*. Además la tutela por razón de edad, no se aplica ya solamente en aquel primer estado de la incapacidad que los romanos llamaban *impubertas*, se extiende también (habiendo descendido el límite de la plena capacidad de los veinticinco a las veintiún años), a los que no hayan cumplido aún los veintiún años, es decir, que la tutela ha sustituido a la *cura minorum*. En

(1) Para este aspecto histórico de las Instituciones, véase Roberti, *Ricerche intorno alle tutela dei minorenni* Padua, 1904-5.

definitiva la *cura furiosi* y la *cura minorum* se han convertido para nosotros en casos de tutela. Se ha añadido un tercer caso: el del interdictado por condena criminal. La curatela también ha experimentado mutaciones por lo que toca a la esfera personal de su aplicación. Subsiste la curatela del pródigo, pero se ha agregado por una parte, la curatela del menor emancipado, por otra, la del enfermo mental menos grave, la del ciego y sordomudo de nacimiento, es decir, las de los inhabilitados por sentencia (enfermos mentales) y las de los inhabilitados de derecho (ciego y sordomudo).

En cuanto a los poderes y funciones del investido con tales cargos, también la transformación ha sido radical. Nada existe hoy que corresponda a la *interpositio auctoritatis* del tutor romano, sin que pueda decirse tampoco que se reproduzca hoy la otra de sus funciones típicas, la *gestio negotiorum*. El tutor moderno sustituye, no integra con su propia autoridad, la voluntad del tutelado; al sustituirlo lo representa en todos los negocios (hasta donde sea admisible tal poder de representación), mientras que en la *gestio negotiorum* no se daba una gestión representativa, en cuanto que todos los efectos de los negocios realizados por el *tutor* se producían, no en cabeza del *pupillus*, sino en la persona misma del propio tutor, y del patrimonio de éste mediante los oportunos medios procesales, se transferían tales efectos al patrimonio pupilar. En cambio, es posible establecer un paralelo entre el *consensus* del *curator* y la asistencia de nuestro curador, que no ostenta por regla general la representación del incapaz, sino que se limita a integrar la voluntad menos plena de éste, aprobando el acto por él realizado. De este modo, queda restablecida la neta contraposición del tutor y del curador. Pero del Derecho romano proceden el carácter de función esencialmente gratuita y de *munus publicum* que ofrecen ambas instituciones, las causas de delación de la tutela (testamentaria, legítima y dativa), la intervención y el control de la autoridad pública (cada vez más intensa y continuada por lo menos teóricamente), el sistema de las *excusationes* y de la remoción.

La materia se halla regulada por el Código civil con numero

sas normas, a veces muy minuciosas, pero no siempre claras y bien coordinadas. Trata de esta materia el libro I del Código (*De las personas*), y conexamente con los dos estados de la menor y de la mayor edad, tomando como base los dos tipos fundamentales: para la tutela, la de los menores (artículos 241-309), para la curatela, la de los emancipados (artículos 310-322). A la tutela de los interdictados se extienden las normas propias de la tutela de los menores (art. 329), con la adición de otras especiales (artículos 330-335); a la curatela de los inhabilitados y pródigos no son extensivas de modo expreso las normas propias de la curatela de los emancipados; a éstas se puede recurrir, sin embargo, por analogía para completar las breves establecidas para los inhabilitados (artículos 339-342). Comunes a la tutela y a la curatela, son las reglas dictadas para la formación y modo de llevar los registros públicos, por los cuales resultan acreditados los elementos y cambios de la administración tutelar.

Preceptos especiales se encuentran diseminados en el Código civil y en el de comercio y en el de procedimiento civil, relativos a casos especiales de tutela y curatela o para completar las normas referentes a los casos ordinarios; así para la tutela y curatela de los hijos menores del ausente (Código civil, art. 47); al ejercicio y administración de la tutela o curatela, a los poderes, limitaciones y prohibiciones atribuidos e impuestas al tutor y a curador y a las obligaciones o a los derechos que le corresponden y que son consecuencia de la gestión (Código civil, artículos 769, 930, 1.059, 1.153, 1.457, 1.944, 1.969, 1.983, 2.035, 2.119); al procedimiento a seguir en las deliberaciones del Consejo de familia y de la tutela (Código de procedimiento civil, artículos 812-815), en la venta de bienes de menores (Código de procedimiento civil, artículos 816-835), el procedimiento de interdicción y de inhabilitación (Código de procedimiento civil, artículos 836-844), lo relativo al curador del vientre (Código civil, art. 236), y al curador de la herencia yacente (Código civil, artículos 980-983; Código de procedimiento civil, artículos 896-899), al curador del quebrado (Código de Comercio, artículos 713-867), al curador especial del demandado en juicio (Código

de procedimiento civil, art. 136), etc. Estas normas se completan en lo referente a las relaciones internacionales con las contenidas en el Convenio de la Haya de 17 de Julio de 1905, ratificado por la ley de 27 de Junio de 1909, núm. 640; respecto a los enajenados mentales, con la ley de 14 de Febrero de 1904, número 36; sobre manicomios, y con el correspondiente Reglamento de 16 de Agosto de 1909, núm. 315; respecto a los expósitos y niños abandonados, con las leyes de Beneficencia (ley de 17 de Julio de 1890, núm. 6.972), etc. (1).

(1) Pero las normas vigentes, sobre todo, las relativas a la tutela de los menores no aseguran la efectiva protección que el Estado debe a la infancia. Precisan reformas que den mayor eficacia a algunos preceptos que hasta la fecha sólo tienen el valor de una enunciación teórica; se reclama una mayor y más efectiva vigilancia por parte de la autoridad pública con objeto de que la gestión tutelar asegure al pupilo las mayores ventajas y de que la tutela se constituya siempre que proceda. Uno de los puntos capitales de la reforma es la creación del Juez de tutelas que controla todo el organismo tutelar y promueve su funcionamiento por el ejercicio del derecho de iniciativa que a dicho Juez corresponde. Un esbozo de esta reforma constituye en la legislación bélica relativa a los huérfanos de guerra, la ley de 18 de Julio de 1817, núm. 1.143, que creó para dichos huérfanos el Juez de tutelas, modificando convenientemente las disposiciones del Código civil. Dicha ley recibe una aplicación amplia; no sólo se aplica a los huérfanos menores que hubieren perdido a su padre por causa de la guerra, si que también a los hijos mayores que habiendo perdido a su padre por causa de la guerra, estén interdictados por razón de enfermedad mental, y a los hijos menores y mayores interdictados de persona inhábil para el trabajo por causa de la guerra. Organos tutelares son además: el Consejo de familia y el Juez pupilar, el Consejo o Comité nacional y el provincial para la protección de los huérfanos de guerra. Se admite el nombramiento de varios tutores, se reduce el número de miembros del Consejo de familia, se aumentan los casos en que por abuso de la patria potestad o por ineptitud se procede al nombramiento de tutor. Véase Dusì, libro *Deroghe e riforme al Cod. civ. in materia di adozione e di tutela* (en *Atti della R. Acc. di Sc. mor di Nap.*, XLVI, 1920).

NOTA DEL TRADUCTOR. — Las instituciones de protección de los incapaces aceptadas en nuestro Código civil no responden en modo alguno ni a los precedentes históricos — aunque en ellos pretendieran inspirarse los autores del Código — ni al sentido moderno de las instituciones de guardaduría

Nuestros viejos fueros (Juzgo, Municipales, Viejo y Real) admitieron

§ 120.—*La tutela.—Concepto y especies*

Brugi, *Ist.*, § 88; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 691, 839 y siguientes; Chironi, *Ist.*, II, §§ 420, 429; Zachariae, *Man.*, III, §§ 545, 555-560, 581-584; Aubry y Rau., *Cours.*, I, §§ 89, 98-103, 124-126; Planiol, *Traité*, I, números 1.750-1.769, 1.801-1.835; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 432-433.

I. *Definición y caracteres.*—La tutela es un poder que imita, en gran parte, a la patria potestad; en su especie más importante, la tutela de los menores, que sirve de modelo a las demás, viene a ser un subrogado de la patria potestad, puesto que sólo funciona cuando ésta cesa por muerte de los padres o por perder éstos la patria potestad.

No sin razón puede decirse que el pupilo tiene en el tutor un segundo padre. Como la patria potestad, así también la tutela afecta a todas las relaciones personales y patrimoniales del incapaz; como aquella, es un poder (constituye uno de los poderes familiares típicos), pero tal poder es conferido como un oficio público, que implica cargas y deberes que se asumen y cumplen en provecho del incapaz; como aquella también, la tutela está sujeta a numerosas limitaciones. Pero así como en la patria potestad la ley, por cuanto a los deberes que la misma implica, podía basarse en los naturales sentimientos de afecto que ligan al padre y al hijo y limitarse a castigar los abusos con la pérdida de tal potestad y con otras sanciones represivas, en lo concerniente a la tutela la condición de extraño del tutor o el menos

una sola institución con el nombre de *guarda*. El Código de las Partidas introdujo las dos instituciones romanas—Tutela y Curatela—rigiendo sus normas con las de la ley de Enjuiciamiento civil, hasta la publicación del Código civil en el que, si bien se volvió a la institución de la guardaduría única—tutela—, se hizo modificando el precedente que se invocaba tanto cual significa la creación del Consejo de familia; el establecimiento de una tutela orgánica, desconocida en nuestro Derecho; la disminución de la autoridad del tutor, al menos en la ley y la relegación de la actuación judicial a función subsidiaria e incidental.

Tampoco responde nuestra legislación a la concepción más moderna de estas instituciones que vuelve a la distinción romana entre tutela y curatela y al tipo de tutela de autoridad extremando la vigilancia e inspección del tutor, sobre todo en cuanto concierne a la persona del pupilo.

intenso vínculo familiar de éste con el pupilo exige que se fijen con mayor rigor los límites de la actividad tutelar y que se constituya un control de la misma por la autoridad pública; este control se verifica por la Autoridad judicial mediante el pretor, que preside los Consejos de familia, y se tutela dirigiendo y regulando su actuación.

Aun hoy puede definirse la tutela con el jurisconsulto Servio (fr. I. pr. D. 26. 1): *Vis ac potestas ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*, y decir de los tutores lo que decía Justiniano (párr. 2, *Inst.* I. 13): *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, ex qua re ipsa nomen ceperunt itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores*. Sus caracteres son:

a) La naturaleza pública del oficio *munus publicum* (*Inst.* I, 25: *Nam et tutelam et curam placuit munus publicum esse*); de aquí deriva la necesidad de que la ley determine las causas de incapacidad, de exclusión, de remoción de los oficios tutelares (artículos 268-271) y de que sujete éstos a la vigilancia de la Autoridad judicial.

b) La *obligatoriedad* de la función, no permitiéndose a quien es el llamado a su desempeño negarse a asumirla, o, asumida, renunciarla, de no concurrir causas legítimas de dispensa (*excusationes tutorum*); estas causas se hallan taxativamente determinadas en la ley (artículos 272-276).

c) La *gratuidad*, no pareciendo conforme a la dignidad del oficio y a la pureza con que debe ejercitarse éste, el poner precio a la actividad tutelar; la gratuidad establecida por el art. 268 relativamente a los miembros del Consejo de familia o de tutela, se aplica, en primer término, al tutor, que participa en el Consejo (art. 251) (1).

d) La *generalidad* del poder conferido al tutor; tiene carácter general en el sentido de afectar a la persona y a los bienes del tutelado. El antiguo axioma *tutor datur personae, curator bonis* es consecuencia de un error, pues para poner de relieve el

(1) Contra la atribución de honorarios excepcionalmente admitida por Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 691; véase Venzi en dicha obra, pág. 795, n. a

carácter estrictamente patrimonial de la curatela, se ha contrapuesto a ésta lo que en tutela es más característico, la intervención en las relaciones personales. Aún hoy se puede admitir con una condición: la de que el cuidado de los bienes es en el tutor una consecuencia de la representación del tutelado que a aquél corresponde. Se establece esto claramente por el art. 277: «El tutor cuida de la persona del menor, representa a éste en los actos civiles y administra sus bienes». La potestad, que en las relaciones personales es amplia cuando se trata de tutela de menores, no lo es menos cuando se trata de interdictado por enfermedad mental o por condena criminal, salvo la diversa exteriorización de las correspondientes particiones protectoras.

e) La *indivisibilidad y unidad* del poder; éste es atribuido a una sola persona (y salvo la distribución de funciones entre los distintos órganos de la administración tutelar: tutor, protutor, Consejo de familia o Consejo de tutela), no puede fraccionarse entre varios titulares, por lo que una persona sólo puede tener un tutor. Esto se explica teniendo en cuenta la inseparabilidad de las relaciones jurídicas de un individuo, ya sean personales o patrimoniales, y unidad del patrimonio de las personas. Este carácter ha sido llevado hasta el extremo en la tutela de los menores, disponiendo el Código (art. 246) que en el caso de varios hijos y de tutela testamentaria, no puede el padre nombrar más que un solo tutor para todos, lo cual es excesivo y deberá ser objeto de modificación en la próxima reforma.

II. *Especies*.—Tres son las especies de tutela, si se tienen en cuenta las personas sobre que se constituye (otra clasificación toma por base la forma de delación, distinguiendo la tutela testamentaria, legítima y dativa); una, y la más importante, es la tutela de los menores; la otra, que se refiere a los mayores de edad, se da a los enfermos mentales interdictados (*interdictados judiciales*) y para los condenados a pena que lleve consigo la interdicción (*interdictados legales*).

a) *Tutela de los menores*.—El principio fundamental del Código es que ésta no se difiere mientras viva uno solo de los padres y entanto éste no haya perdido la patria potestad o no

esté ausente. Mientras haya patria potestad y ésta se ejerza, no es posible la tutela, que es un subrogado de aquélla (1). El artículo 241 dispone, en efecto, que la tutela de los menores se abre cuando mueran ambos padres o cuando éstos sean declarados ausentes (art. 47) o cuando por efecto de condena penal pierdan tales padres la patria potestad (Código penal, artículos 33, 349, 392). Esta norma es completada por otra del art. 233, según la cual, si el padre abusa de la patria potestad infringiendo los deberes anejos a ella o administrando mal los bienes del hijo, los parientes más próximos o el Ministerio fiscal pueden solicitar del Tribunal el nombramiento de un tutor (o de un curador de bienes (2). Y lo mismo ocurre cuando cese o se haga imposible el ejercicio del poder que el padre natural tiene sobre

(1) No se debe estimar un caso excepcional de tutela deferida vi- viendo el padre y no habiendo perdido éste la patria potestad, la que corresponde al padre sobre el hijo natural (*tutela legal*); ésta no es verdadera tutela, sino que con nombre diverso designa el poder paterno en la filiación natural para reservar el nombre de patria potestad a la filiación legítima. Diverso es—en parte—el sistema del Código francés según el cual hay una verdadera tutela paterna producida al morir uno de los padres, en cuyo caso la patria potestad del supérstite se transforma en tutela sobre los propios hijos (art. 390 del Código francés) con diferencias (en cuanto a la obligación de asumirla), según que el supérstite sea el padre o la madre. De este precedente histórico que se reproduce también en alguno de los Códigos de los ex-Estados italianos (y el Código napolitano, art. 294) deriva la práctica incorrecta (que aún se repite en algunas fórmulas notariales) de llamar a la madre viuda *tutora* de sus propios hijos.

(2) La ley no prevé el caso del padre único (supérstite, presente del ausente o investido de la patria potestad por haberla perdido el otro) afecto de enfermedad mental y consiguientemente interdictado. En este caso habrá lugar a la tutela. Según unos, el tutor nombrado a dicho padre, no es tutor de los hijos de éste; según otros, sí lo es porque la patria potestad ha cesado o por lo menos se ha suspendido. Según otros, procede el nombramiento de un tutor temporal, algunos creen que el de un curador. La resolución de esta cuestión requiere la dilucidación previa de esta otra: si la interdicción del padre hace o no cesar la patria potestad. Yo estimo que no se puede dudar de la solución afirmativa. En sentido contrario, Dusì, *Ist.*, I pág. 299 núm. 1, y Ascoli en *Riv. dir. civ.*, 1914, pág. 95.

el hijo reconocido o declarado (tutela legal). Evidentemente, cuando desde el principio no hay poder paterno, como sucede en el caso de hijos de padres desconocidos, habrá lugar a la apertura inmediata de la tutela, sin que se requiera condición alguna; sólo hay diferencias respecto al nombramiento y al órgano tutelar que entra en funciones entre el caso de hijos de padres desconocidos asilados en un hospicio (para ellos la administración del hospicio hace las veces del Consejo de tutela, artículo 262) y el de hijos de desconocidos no asilados (para ellos se constituye un Consejo de tutela, art. 261, que provee al nombramiento de tutor, art. 248).

b) *Tutela de los mayores (interdicción)*.—La pérdida de capacidad en quien la adquirió ya sólo puede producirse por enfermedad mental grave, comprobada en juicio civil y declarada en sentencia o por condena criminal, como agravación de las penas restrictivas de la libertad personal. Una y otra implican interdicción de la persona: *judicial*, en el caso de enfermedad; *legal*, en el de condena; la persona interdictada es equiparada al menor y se halla sujeta a tutela. Todo acto jurídico referente a su persona, familia o patrimonio puede realizarse solamente por el tutor, siempre que dicho acto sea de los que admiten representación.

Por admitirse la subsistencia íntegra de la capacidad natural en el interdictado legal, éste puede realizar por sí aquellos actos (por ejemplo, matrimonio, reconocimiento del hijo natural, testamento), que no serían permitidos al interdicto judicial, por razón de la enfermedad misma que padece.

La tutela se abre tan pronto se dicte la sentencia civil declarativa de la enfermedad (art. 328), o la penal, que impone la pena.

La interdicción judicial no tiene lugar, naturalmente, más que para los mayores de edad o menores emancipados; el menor, aunque esté afecto de enfermedad mental, se halla protegido ya como menor. No puede declararse dicha interdicción sino cuando la enfermedad mental es habitual y tan grave que priva totalmente a la persona que la padece de la consciencia de sus actos (artículo 324).

La determinación de la concurrencia o no concurrencia de estos requisitos corresponde al Tribunal civil, y es indiferente distinguir entre las distintas especies de dicha enfermedad (idiotía, locura, paranoia, imbecilidad); lo que importa es que la enfermedad haga al enfermo incapaz de proveer a sus propios intereses. Se comprende que por la gravedad de esta declaración, que priva a la persona del ejercicio de todos sus derechos, la prueba de dicha enfermedad deba ser rigurosa y el procedimiento hallarse rodeado de las mayores garantías.

Pueden promover tal juicio los parientes todos del enfermo, su cónyuge, el Ministerio fiscal (art. 326); no pueden promoverlo los extraños. Se discute si pueden promoverlo los afines (el Código habla de «parientes», y la discusión se origina en la ambigüedad de este término). Se requieren de modo esencial dos actos para que pueda haber lugar a la declaración: de una parte, el interrogatorio del interdictando para que el Tribunal pueda comprobar directamente sus condiciones mentales (art. 327); de otra, la constitución de un Consejo de familia o de tutela (según se trate de un hijo legítimo o ilegítimo), el cual emitirá parecer respecto a la interdicción y sin que pueda tomar parte en él el cónyuge, los descendientes o parientes que hubiesen pedido la interdicción.

Además, verificado el interrogatorio, puede, antes de dictar sentencia definitiva, nombrar al interdictando un *administrador provisional* (en el Código de Procedimiento civil es llamado *curador temporal* (art. 839), que cuide de la persona y bienes del interdictando (1). Lo cual pone de relieve que en el período de instrucción se opera ya la organización de la gestión tutelar, organización que se completará al dictarse la sentencia. El Consejo

(1) Este curador o administrador temporal no es un tutor; tiene a su cargo el cuidado de la persona del sujeto a interdicción y administra sus bienes, pero no creo que sea un verdadero representante de aquél ni que en cuanto a sus bienes tenga poderes que excedan de la simple administración. Por no estar comprobada la incapacidad del interdictado no puede éste ser privado del derecho a manifestar su voluntad respecto a los actos concernientes a su patrimonio, y por esto el curador le *asiste*, no le sustituye; véase Piola, *Personne incapaci*, II, pág. 424.

de familia provisional, el curador o administrador temporal, serán sustituidos luego por el Consejo y tutor definitivos, si el Tribunal resuelve en sentido afirmativo (1).

Los efectos de la sentencia de interdicción son la sujeción del interdicto al poder del tutor (art. 329), la nulidad de los actos ejecutados por el interdicto después de la sentencia de interdicción. Esta nulidad es *de derecho*, dice el art. 335, y con ello quiere significar que afecta ineludiblemente al acto, sin que sea posible demostrar que, no obstante la sentencia, el interdicto tuvo plena consciencia del acto realizado y de lo que con él se pretendía. Sólo mediante la revocación cesa la sanción de la nulidad, y tal revocación no es eficaz sino desde la fecha de tal sentencia que la declara. Esta nulidad es, sin embargo, relativa, es decir, no puede ser invocada más que por el tutor, por el interdicto y sus sucesores, a título universal o particular (art. 335, párrafo 1.º).

En cuanto a los actos realizados con anterioridad a la interdicción, la ley distingue el testamento y la donación (artículos

(1) No se debe creer, sin embargo, que esta provisional y anticipada constitución de alguno de los órganos tutelares prejuzguen la declaración; deducida la demanda, verificado el interrogatorio, hay una *posibilidad* de que el juicio concluya con la interdicción; es natural que desde entonces la ley ordene la protección de la persona. Pero nada más hay una posibilidad, porque el Tribunal puede rechazar la demanda y declarar a la persona plenamente capaz de proveer a sus intereses. Lo cual sirve también para la interpretación del art. 335: pues cuando en éste se dice que los actos realizados por el interdicto posteriormente a la sentencia de interdicción y los realizados después del *nombramiento de administrador provisional* son nulos de derecho, esta nulidad que nada presupone en orden a la primera categoría de actos, presupone en cambio, respectivamente, a los de la segunda, que al nombramiento de administrador provisional subsiga efectivamente la sentencia de interdicción; y de aquí la consecuencia de que mientras ésta no se declare, tales actos del segundo grupo no se pueden impugnar, y si en la sentencia se niega la enfermedad, quedan definitivamente válidos. En definitiva, el estado del interdictando (y el del inhabilitando), es un estado personal transitorio e intermedio entre la capacidad y la incapacidad. Véase de Ruggiero, *Gli atti compiuti dall'interdicendo* en *Riv. dir. Comm.*, 1922, II, páginas 444 y siguientes.

cuida de la persona y debe por ello—si se trata de menor—pro-
veer a su educación e instrucción conformemente a la condición
social del pupilo y adecuadamente a su posición económica,
vigilar su conducta (art. 277), debiendo oír al Consejo de fami-
lia (siempre que no sea tutor el abuelo paterno o el materno)
relativamente al lugar en que el menor ha de ser educado y a la
educación que se le debe dar (art. 278), pudiendo recurrir a
dicho Consejo y aun al propio Presidente del Tribunal para los
acuerdos más graves que tengan por objeto reprimir la mala
conducta del pupilo (art. 279) o la no prestación por éste del
respeto y obediencia debidos al tutor (art. 280). Si se trata de
interdictado por enfermedad mental, este cuidado personal es
desenvuelto en su regulación de diverso modo, ya que precisan
vigilancia, custodia, asistencia moral y médica y ello indepen-
dientemente de la acción curativa y de custodia que puedan
ejercitar (si está el interdicto internado en un manicomio) los
empleados del establecimiento.

El oficio es individual, es decir, se halla constituido por una
sola persona; la función tutelar no es delegable; el investido con
ella debe ejercitarla personalmente (1); puede, sin embargo,
cambiar de titular cuando el investido con esta función incurra
en uno de los casos que dan lugar a la remoción o a la dispensa.
El ejercicio de los poderes y obligaciones comienzan para el
tutor apenas éste tenga noticia de su nombramiento (art. 281).

En cuanto al nombramiento, ya se vió que puede dimanar
de la ley, del testamento o de decisión del Consejo de familia.

2. *Protutor*.—No debe creerse que el protutor—el nombre
lo induciría tal vez a creerlo—sea un vicesutor, un sustituto
que se subroga en el lugar del tutor cuando éste no pueda o no
quiera ejercer su poder. Tampoco sería exacto afirmar, como
hace algún autor, que el protutor tenga la misión de vigilar y de

(1) Sólo excepcionalmente, por la importancia y complejidad de la
gestión patrimonial, por la necesidad de un auxilio técnico puede el
tutor asociar a sí a otras personas; para esto se requiere la autorización
del Consejo de familia y no hay en tal caso una delegación de poderes,
los cuales subsisten íntegros en el tutor, quien responde exclusivamente
de la actuación de las personas que le auxilian.

La interdicción puede ser revocada, pero la revocación sólo puede ser pronunciada en otra sentencia dictada en un procedimiento y con las garantías exigidas para interdicar (art. 338). Con la revocación cesa, naturalmente, la tutela, y el tutelado readquiere la plenitud de sus derechos.

III. *Delación de la tutela.*—Las causas por las que la tutela es conferida a una persona pueden ser: la disposición testamentaria, la ley o el nombramiento hecho por el Consejo de familia. De aquí la distinción de las tres especies de tutela testamentaria, legítima y dativa.

a) Por *testamento* (1) puede el padre o madre supérstites nombrar tutor al hijo menor (art. 242); se requiere que el supérstite ejerza, efectivamente, la patria potestad, ya que tal nombramiento es un atributo y una forma de manifestarse dicha potestad; por consiguiente, el nombramiento será nulo si el padre, al morir, no ejercía de modo efectivo la patria potestad (artículo 243) (2). La designación es libre, pudiendo recaer en un pariente o en un extraño (art. 242); pero por acatamiento al principio de la indivisibilidad y unidad del poder, en el caso de ser varios los hijos, solamente podrá nombrarse un tutor para todos ellos (art. 246). El nombramiento sólo vale para después de la muerte (es inadmisiblesu eficacia en vida del padre que hizo el

(1) La ley (art. 242), dice que el nombramiento «debe ser hecho en documento notarial o en testamento»: se admite, pues, además de todas las formas de testamentos ordinarios y especiales, el simple documento público autorizado por Notario o sea un documento que no tenga el contenido normal de un testamento. Sea cualquiera la forma adoptada, tiene siempre el valor de un acto de última voluntad, y si por testamento entendemos toda disposición hecha para después de la muerte, se debe estimar que el añadir el documento notarial al testamento, es algo redundante y científicamente inexacto.

(2) El tercero que no sea padre, aunque sí pariente del menor, no puede nombrar tutor; puede, si le instituye heredero o legatario, nombrarle un curador especial encargado solamente de la administración de los bienes que le deja (art. 247); es indudable que a este carácter le incumbe la representación en juicio del menor en todas las relaciones jurídicas concernientes a la administración de tales bienes. Véase Venzi en *Pacifici, Ist.*, VII, pág. 799, n. d.

nombramiento por la irrenunciabilidad del poder familiar), es revocable, como todas las disposiciones de última voluntad, y no está sujeto a términos o condiciones (1). Lo mismo puede decirse del protutor, que puede ser nombrado en testamento (artículo 264).

Esta causa de delación se aplica a la tutela de los menores y a la de los interdictos por enfermedad mental (art. 339, párrafo 2.º).

Esta tutela se da, sin embargo, solamente para los hijos legítimos o legitimados; están excluidos los adoptivos (cuyo padre de sangre es el investido con la patria potestad), también lo están los hijos naturales reconocidos o declarados, porque la facultad de nombrar tutor no se otorga al investido con la tutela legal, y careciendo estos hijos, como carecen, de vínculos familiares, tampoco les será aplicable la tutela legítima; así que la única forma posible para ellos será la tutela dativa (art. 248). Respecto a los interdictados, el nombramiento de tutor testamentario es posible al padre, en el caso de que, previendo éste la interdicción del hijo, le designe tutor en testamento (o en documento notarial) para después de la muerte de dicho padre (porque mientras viva será el mismo tutor) y siempre que el hijo no tenga cónyuge (porque, en este caso, el cónyuge sería el tutor de derecho).

b) *Legítima* es la tutela deferida por la ley. Esta tutela es aplicable a los menores e interdictos. En orden a los menores, la tutela legítima funciona en defecto de la testamentaria (art. 244). Cuando la falta de ésta se deba a omisión del padre, que podía hacerla, no a la imposibilidad jurídica de hacerla (por ejemplo, si el padre había perdido la patria potestad), porque, en este caso, procede la tutela dativa (2), la tutela corresponde de dere-

(1) Esta no posibilidad de fijar términos o condiciones es discutida en la doctrina.

(2) La cuestión es discutida; algunos autores piensan que en tal caso procede la tutela legítima. Se discute además si nombrado un tutor por el padre y no queriendo o no pudiendo el nombrado asumir la tutela, deba funcionar la tutela legítima, o saltando por ésta, la dativa. Según los más, procede esta última solución, porque con nombrar testamentario el padre ha manifestado querer excluir al tutor legítimo.

cho al abuelo paterno, y, en defecto de éste, al abuelo materno (artículo 244). Respecto a los mayores sujetos a interdicción, las relaciones entre las dos especies de tutela son diversas. En primer término, funciona la tutela legítima, porque el testamento no puede excluir al tutor designado por la ley, y el nombramiento testamentario es admitido solamente cuando no pueda haber lugar a la tutela legítima por inexistencia o incapacidad de las personas designadas por la ley (art. 330).

Tutor del interdicto es, en primer término, su cónyuge (marido o mujer), con tal de que sea mayor de edad y no se halle separado legalmente. En defecto de cónyuge o si éste es incapaz, subentra el padre del interdicto, y, a falta de éste, la madre (artículo 330).

La delación legítima de protutor no está admitida; el protutor sólo puede ser testamentario o dativo.

c) La tutela *dativa* es aquella en que el nombramiento del tutor (y también el del protutor) es hecho por el Consejo de familia o por el de tutela. Esta tutela es subsidiaria de las anteriores. Cuando falta la tutela testamentaria o la legítima, ya falten inicialmente, ya posteriormente, por muerte, remoción, dispensa, etc., del tutor, tendrá lugar la dativa, tanto para los menores como para los interdictos. El art. 245 establece: «Cuando un hijo menor quede huérfano de padre y madre sin tutor nombrado por éstos y sin abuelo paterno ni materno, o cuando el tutor que tuviere alguna de las condiciones indicadas fuese excluido o adujere legal excusa, el Consejo de familia procederá al nombramiento de un tutor» (respecto a los hijos naturales, el art. 248 dice que «el Consejo de tutela les nombrará tutor»). Análogamente respecto al mayor interdicto por enfermedad mental, el artículo 330, párr. 2.º, dice: «Faltando la tutela del cónyuge, del padre y de la madre, el tutor es nombrado por el Consejo de familia o de tutela, a no ser que el padre que sobreviviese, previendo la interdicción del hijo, hubiese nombrado a éste tutor en testamento o en documento notarial» (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - En nuestro Código—al que lo mismo que al italiano no es exactamente aplicable la definición de Servio, que no comprende las formas tutelares referentes a mayores incapacitados—no

existe una definición de tutela, pero puede deducirse del art. 199 que señala su objeto: «la guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes, de los que no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos», y del 200 que indica las personas a quienes alcanza.

Las características que a la tutela, según el Código italiano, señala Ruggiero, pueden aplicarse a la institución similar española excepto la gratuidad (art. 276) y la absoluta indivisibilidad (art. 210); tampoco la unidad se lleva al extremo de que el padre sólo pueda nombrar un tutor para todos sus hijos (art. 246 del Código civil italiano), sino que puede nombrar uno para cada uno y varios que se sustituyan (art. 208 del Código civil español).

Especies de tutela. - a) Tutela de menores no emancipados determinada por la cesación de la patria potestad. Es la tutela típica romana en la que el tutor concluye los actos jurídicos en representación del tutelado, y afecta tanto a la persona como a los bienes de éste. Es la aplicable en primer término cuando concurren en una persona varias causas de incapacidad; por ejemplo, que el menor sea a la vez sordomudo o loco.

b) Tutela de mayores incapacitados que se aplica al loco, demente, sordomudo, pródigo o condenado a pena de interdicción. Todas tienen de común la necesidad de una declaración judicial previa, en juicio civil o penal (artículos 213, 221, 228), diferenciándose en que la del loco o demente se extiende a todos los actos de su vida, la del sordomudo y pródigo se limitará a lo acordado por el Tribunal, no quedando el pródigo privado del poder marital ni paterno, y careciendo el tutor de autoridad sobre su persona y en la de condenado a pena de interdicción civil sólo se referirá a la administración de sus bienes y a representarlo en juicio debiendo también, el tutor, proveer al cuidado de la persona y bienes de sus hijos hasta que se los provea de otro tutor (artículos 218, 221, 224, 225 y 229).

El procedimiento puede ser instado por el cónyuge, los parientes a quienes corresponda la herencia abintestato (artículos 214 y 228 loco, sordomudo y condenado a interdicción), o por el cónyuge y los herederos forzosos (art. 222, pródigo), o por el Ministerio fiscal quien ha de deducirlo obligatoriamente en ciertos casos (artículos 212, 222 y 225). La declaración de incapacidad se obtendrá en procedimiento sumarísimo, para locos y sordomudos en el que será oído el Consejo de familia y examinado, el presunto incapaz que es parte y en su nombre el Ministerio fiscal o un defensor si aquél hubiese solicitado la incapacidad; la resolución dictada es revisable en juicio de mayor cuantía (artículos 216 y 219). La declaración de prodigalidad se obtendrá en juicio contradictorio, también de mayor cuantía (art. 221).

Delación de la tutela.— El art. 204 de nuestro Código dice que «la tutela se defiere: 1.º, por testamento; 2.º, por la ley, y 3.º, por el Consejo de familia».

La tutela testamentaria puede darse para menores y para mayores incapacitados (artículos 206 del Código civil español y 330 del Código civil italiano), confiriéndose la facultad de nombrar tutor y protutor al padre y a la madre no binuba, y tanto respecto a los hijos legítimos, como a los naturales reconocidos o ilegítimos a quienes tenga obligación de alimentar (art. 206 del Código civil español que difiere del 248 del Código civil italiano). Igual facultad corresponde a la madre binuba y a quien instituyó heredero a un menor o le dejó legado de importancia; mas en estos casos se requiere aprobación del Consejo de familia si se refiere a hijos del primer matrimonio, o la aceptación de la herencia o legado (ar-

títulos 206 y 207). Se admite el nombramiento de un tutor para cada hijo y la designación de varios con carácter de sustitutos unos de otros (artículo 208 y caso de coexistir varios tutores tendrá preferencia el designado por el padre o madre, y luego el que nombró quien instituyó heredero o legatario al menor a elección del Consejo de familia (art. 209).

Tutela legítima. A falta de tutor testamentario la ley llama al cargo de tutor a ciertas personas ligadas con el menor o incapaz por parentesco. Estas personas son: *a)* para *el menor emancipado*: 1.º, el abuelo paterno; 2.º, el abuelo materno; 3.º, las abuelas paterna y materna por el mismo orden mientras se conserven viudas; 4.º, el mayor de los hermanos de doble vínculo, y a falta de éstos, el mayor de los hermanos consanguíneos o uterinos (art. 211); *b)* para *los locos, sordomudos y condenados a interdicción*: 1.º, El cónyuge no separado legalmente; 2.º, el padre y en su caso la madre; 3.º, los hijos; 4.º, los abuelos, y 5.º, los hermanos varones y las hermanas que no estuviesen casadas, con preferencia para los de doble vínculo (artículos 220 y 230), y *c)*, para *los pródigos*: 1.º, el padre y en su caso la madre; 2.º, los abuelos paterno y materno, y 3.º, el mayor de los hijos varones emancipados (art. 227).

Tutela dativa.—No habiendo tutor testamentario ni persona llamada por la ley a ejercer la tutela, corresponde al Consejo de familia la elección de tutor (art. 231).

§ 121.—*Organos y constitución de la tutela*

Brugi, *Ist.*, § 88; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 693 y siguientes; Chironi, *Ist.*, II, §§ 420-422; Zachariae, *Man.*, III, §§ 546-554; Aubry y Rau, *Cours.*, I, §§ 90-97, 104-108; Flaniol, *Traité*, I, números 1.770, 1.801, 1.836-1.875; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 434-436, 440.

El poder tutelar se distribuye según el sistema del Código entre tres órganos que lo ejercen con funciones coordinadas entre sí. Estos órganos son: el tutor, el protutor y el Consejo de familia, y si se trata de hijos ilegítimos, el Consejo de tutela. En la curatela hay solamente dos órganos: el curador y el Consejo de familia o de tutela.

El organismo tutelar se basa en la idea de que los poderes no deben atribuirse a una sola persona y de que tampoco deben atribuirse a uno solo todas las responsabilidades que en ocasiones son bastante graves; aquéllos y éstas deben distribuirse entre los distintos órganos, cada uno de los cuales ejerce una función distinta. Así a un órgano se atribuye la gestión patrimonial y el cuidado de la persona, así como los poderes anejos de representación y administración; a otro corresponde la vigilancia, el control y el poder de deliberar, decidir y autorizar; a un tercer órgano la facultad de interponerse entre tutor y tutelado cuando surja conflicto entre ellos, y la de suplir las funciones tutelares cuando la tutela se halle vacante. Sobre todos estos órganos está el Magistrado que de modo permanente y en funciones de Presidente del Consejo de familia y de tutela dirige la acción de estos órganos (pretor) o que tiene intervención ocasional para autorizar las decisiones más importantes (Tribunal), o que de modo independiente y con libre iniciativa cuida de que las leyes se observen e insta las providencias necesarias para la protección del incapaz (Ministerio fiscal).

Indicaremos brevemente los caracteres y las atribuciones de estos órganos, el modo de ser llamadas las personas investigadas con el poder tutelar; finalmente, las incapacidades, exclusiones y dispensas, merced a las cuales la ley asegura de una parte

la obligatoriedad de los oficios tutelares y evita de otra los peligros de contaminación de dichos oficios.

1. *Tutor*.—Es este el órgano *ejecutivo* del poder tutelar, el centro de la acción tutelar. Al decir ejecutivo no queremos significar que no tenga más atribuciones que las de ejecutar los acuerdos del Consejo de familia (o de tutela), pues aunque depende de estos órganos, posee facultades independientes de iniciativa y decisión; se quiere expresar con aquella palabra que al tutor corresponde solamente el actuar, mientras que al Consejo incumbe la facultad de deliberar y decidir. Como órgano de acción, ostenta el tutor la representación del incapaz (art. 277) y como representante realiza en nombre y en interés del representado los actos jurídicos que a éste afectan, administra su patrimonio, le representa en juicio y ejercita las acciones todas que competen al menor o interdictado. Es natural que esta sustitución del incapaz por el tutor no pueda tener lugar en todo caso; conforme a los principios generales de la representación, no se da tal sustitución relativamente a actos que ofrezcan un carácter marcadamente personal o que precisen, por exigirlo la ley, de una determinación y de una declaración de voluntad personales (testamento, matrimonio, reconocimiento de hijos, contrato de empleo, etc.). Todos los demás actos realizados por el tutor en nombre y en interés del incapaz valen como realizados por el propio interesado y son válidos como si éste fuese capaz a condición de que el tutor se mantenga siempre dentro de los límites legales y haya, en los casos en que procede, obtenido la autorización del Consejo de familia (art. 1.304). No habiendo guardado dichos límites o no habiendo observado las formalidades prescritas, son tales actos anulables (art. 1.303).

Esta representación alcanza, sobre todo en la esfera patrimonial, mucha importancia, porque al tutor se confía la gestión de todo el patrimonio; la realización no solamente de actos de administración, si que también (con las oportunas garantías, aprobaciones y autorizaciones) de actos de administración extraordinaria o dispositivos.

En cuanto a las relaciones personales y morales, el tutor

cuida de la persona y debe por ello—si se trata de menor—pro-
veer a su educación e instrucción conformemente a la condición
social del pupilo y adecuadamente a su posición económica,
vigilar su conducta (art. 277), debiendo oír al Consejo de fami-
lia (siempre que no sea tutor el abuelo paterno o el materno)
relativamente al lugar en que el menor ha de ser educado y a la
educación que se le debe dar (art. 278), pudiendo recurrir a
dicho Consejo y aun al propio Presidente del Tribunal para los
acuerdos más graves que tengan por objeto reprimir la mala
conducta del pupilo (art. 279) o la no prestación por éste del
respeto y obediencia debidos al tutor (art. 280). Si se trata de
interdictado por enfermedad mental, este cuidado personal es
desenvuelto en su regulación de diverso modo, ya que precisan
vigilancia, custodia, asistencia moral y médica y ello indepen-
dientemente de la acción curativa y de custodia que puedan
ejercitar (si está el interdicto internado en un manicomio) los
empleados del establecimiento.

El oficio es individual, es decir, se halla constituido por una
sola persona; la función tutelar no es delegable; el investido con
ella debe ejercitarla personalmente (1); puede, sin embargo,
cambiar de titular cuando el investido con esta función incurra
en uno de los casos que dan lugar a la remoción o a la dispensa.
El ejercicio de los poderes y obligaciones comienzan para el
tutor apenas éste tenga noticia de su nombramiento (art. 281).

En cuanto al nombramiento, ya se vió que puede dimanar
de la ley, del testamento o de decisión del Consejo de familia.

2. *Protutor*.—No debe creerse que el protutor—el nombre
lo induciría tal vez a creerlo—sea un vicesutor, un sustituto
que se subroga en el lugar del tutor cuando éste no pueda o no
quiera ejercer su poder. Tampoco sería exacto afirmar, como
hace algún autor, que el protutor tenga la misión de vigilar y de

(1) Sólo excepcionalmente, por la importancia y complejidad de la
gestión patrimonial, por la necesidad de un auxilio técnico puede, el
tutor asociar a sí a otras personas; para esto se requiere la autorización
del Consejo de familia y no hay en tal caso una delegación de poderes,
los cuales subsisten íntegros en el tutor, quien responde exclusivamente
de la actuación de las personas que le auxilian.

controlar la administración del tutor; el Código no quiso deliberadamente atribuirle este carácter para no crear un peligroso antagonismo entre tutor y protutor. Su función en vía principal, es muy otra, porque sólo excepcionalmente en el caso de tutela vacante o abandonada es llamado a sustituir al tutor (art. 266) y sólo vigila a éste cuando al comenzar la tutela se deba proceder a la formación del inventario de bienes del tutelado (artículos 282 y 284) y cuando al terminar aquélla deba el tutor rendir cuentas (art. 307). Es un órgano *ejecutivo*, no deliberante y tan esencial como el tutor y no subsidiario (tanto, que no puede comenzar la gestión tutelar sin haber protutor, y cuando no lo haya, el tutor debe pedir su nombramiento sin demora, artículo 265). Corresponden al protutor las funciones: *a*), de intervenir en los casos en que haya conflicto de intereses entre tutor y pupilo, asumiendo la representación de éste y actuando en su nombre; *b*), de sustituir al tutor cuando la tutela se halle vacante o abandonada (art. 266). Representa también, pues, al menor o al interdicto y obra en nombre de éstos, pero su representación se limita a la relación en que ha surgido el conflicto, y si se trata de tutela vacante o abandonada, la representación es más limitada que la correspondiente al tutor, pues sólo puede realizar actos conservativos del patrimonio y de los de administración sólo aquellos que no toleren aplazamiento; le corresponde, en cambio, el deber de promover sin dilación alguna el nombramiento de un nuevo tutor (art. 266, párrafo 1.º).

Dependiente también como el tutor del Consejo de familia es, en cambio, independiente del tutor, y para mantener esta independencia la ley priva al tutor de voto en el Consejo de familia cuando se trata de nombramiento, dispensa o remoción del protutor y a éste también del mismo derecho cuando se trata de nombramiento, dispensa o remoción del tutor (art. 259). No responde, en cambio, a esta idea la norma del art. 267, según la cual, nombrado el nuevo tutor cesa el protutor en su oficio salvo la facultad del Consejo de familia de reelegirlo (art. 267).

También el cargo de protutor ofrece los caracteres antes indicados (individual, indelegable, susceptible de cambio en su

titular). En cuanto al nombramiento, se vió ya que la protutela sólo puede ser testamentaria o dativa, nunca legítima.

3. *Consejo de familia (o de tutela)* (1).—Es este el órgano deliberante del poder familiar, porque a él corresponde deliberar y decidir sobre las materias más trascendentales concernientes a la persona o los bienes del incapaz (artículos 291, 296, 297, 298 y 299), a su matrimonio (art. 65), a su emancipación (artículo 311), a su interdicción o inhabilitación (artículos 327 y 339), al nombramiento, remoción y dispensa del tutor y del protutor (artículos 245, 246, 265, 275, etc.), a la determinación de la caución tutelar, a la dispensa de dicha caución, a las demás garantías que aseguren la integridad del patrimonio (artículos 292, 293 y 294), etc. Como órgano deliberante y directivo está sobre el tutor y el protutor cuya actuación dirige y regula; es como un poder superior del que dependen los demás órganos individuales; la participación del Magistrado que lo preside (pretor) le presta aún mayor autoridad. Sus decisiones tienen unas veces el valor de autorizaciones previas, otras el de aprobaciones sucesivas; la autorización no puede ser dada en general, esto es, sin determinar de modo específico los actos para los cuales se otorga (porque de este modo disminuiría la función de control y se otorgaría al tutor un poder demasiado amplio); debe ser otorgada caso por caso de modo específico (art. 297). A veces tampoco es suficiente la autorización del Consejo, y para conseguir una más eficaz protección del pupilo se requiere que la autorización sea aprobada por el Tribunal; requieren dicha aprobación las autorizaciones que recaigan sobre actos de enajenación, de constitución de prenda o de hipoteca de bienes pertenecientes al incapaz, o sobre transacciones, compromisos, particiones en que esté interesado el incapaz y las autorizaciones para contraer mutuos pasivos en nombre del incapaz (artículos 276, 292, 293, 299 y 301).

Este Consejo es órgano *permanente*, ya que funciona mientras dura la tutela; en esto se distingue de los Consejos extratu-

(1) Véase Gatti, *Le disposizioni nei consigli di famiglia e di tutela*, 2.^a ed., Milán, 1903; Michel, *Conseils de famille*, París, 1891.

telares que se constituyen en casos especiales, coexistiendo con la patria potestad (como, por ejemplo, para decidir sobre las condiciones impuestas a la viuda en orden a la educación de los hijos y a la administración de sus bienes, art. 235 y en el caso de la viuda que contrae segundas nupcias, art. 237), que se disuelven una vez ejercida la función para que se crearon. Se constituye, pues, dicho Consejo normal, para todo el tiempo que dura la tutela y funciona en la pretura, donde tiene la sede principal de sus negocios el tutelado, y excepcionalmente y previa la autorización del Tribunal, en el distrito en que resida el tutor. El pretor provee a su constitución, y para garantizarla se impone al tutor testamentario o legítimo, a los parientes que por ley integran el Consejo, al Oficial del estado civil que reciba una declaración de defunción, el deber de poner en conocimiento del pretor el hecho que da lugar a la tutela (art. 250).

Para garantizar su normal funcionamiento se otorga al tutor, al protutor, a los miembros del Consejo y a quienes tengan interés legítimo, el derecho de promover su convocatoria (art. 257), correspondiendo al pretor el derecho de convocar el Consejo de oficio, y al Ministerio fiscal el de ordenar dicha convocatoria (artículo 257, párrafos 2.º y 3.º).

Finalmente es un órgano *colegiado* y fué justamente definido como Tribunal doméstico. La ley establece su composición de un modo riguroso, distinguiendo dos clases de consejos: el de *familia*, para los hijos legítimos; el de *tutela*, para los nacidos fuera del matrimonio. Pero salvo en lo relativo a la estructuración, las normas son comunes a ambos (art. 261, párrafo 1.º).

El Consejo de familia se compone de siete miembros: el pretor que lo constituye y preside, cuatro vocales, el tutor y el protutor. Los vocales son designados por la ley, que determina por razón del parentesco, quiénes deben ser llamados a formar parte del Consejo como vocales (*vocales de derecho*), fijando también el orden de preferencia; sólo en defecto de las personas que carezcan del vínculo parental previsto en la ley, se acudirá a otros de libre elección del pretor. Son vocales de derecho (artículo

lo 252) (1): en primer lugar, los ascendientes del incapaz; en segundo, las hermanas y hermanos germanos, y en tercero, los tíos y las tías (2), advirtiéndose que no se pasa al orden sucesivo sino cuando está agotado el anterior (3); concurriendo parientes del mismo grado y orden, son preferidos los de más edad (artículo 252, párrafo 1.º). Cuando estos parientes faltan o sean insuficientes, el pretor designa para vocales del Consejo a otras personas, eligiéndolas en cuanto sea posible y conveniente, entre los parientes próximos y los afines, y si tampoco los hubiere, entre las personas que mantuvieron relaciones habituales de amistad con el padre (art. 253). El tutor y el protutor forman parte del Consejo (en el caso de curatela, el curador también forma parte del Consejo) (art. 251), siendo incompatibles la condición de tutor o protutor con la de vocal (art. 255). Todos tienen la obligación de intervenir personalmente en sus reuniones (artículo 255), salvo causas especiales de dispensa del oficio de vocal (artículo 254); la ausencia prolongada e injustificada, se castiga con multas (art. 255, párrafo 1.º). Tiene derecho de asistencia al Consejo, el tutelado, con tal, si es menor, de que tenga diez y seis años; no tiene voto decisivo sin embargo (art. 251, párrafo 2.º). Constituido el Consejo y transcurridos seis meses desde su primera convocatoria, no estará ya su constitución sujeta a impugnación y las decisiones por el Consejo tomadas, serán inatacables (art. 256).

El Consejo de tutela se estructura de modo diverso en lo con-

(1) Adviértase que el art. 252 habla de ascendientes *varones*, de hermanos *germanos*, de *tíos*, pero la exclusión de la mujer (resultante de este artículo) de los oficios tutelares quedó abolida por la ley de 17 de Julio de 1919, núm. 1.176, que modificó el art. 252 en el sentido indicado.

(2) La palabra *tío* se usa aquí en sentido genérico; comprende también los tíos o tías del padre o de la madre.

(3) Es errónea la opinión expuesta por Pacifici *Ist.*, VII, pág. 708, de que los parientes próximos de un orden son excluidos por los parientes más próximos de otro orden, que, por ejemplo, habiendo hermanos germanos éstos excluyen como más próximos a los bisabuelos. Mientras en el orden precedente haya personas idóneas para desempeñar el oficio, son éstas las que lo asumen. Por tanto, la opinión anterior es inexacta.

cerniente a sus vocales, pues faltando, como faltan en el caso de hijos reconocidos, relaciones de parentesco con otras personas, solamente se puede recurrir a las que tuvieron amistad con el padre o padres, eligiendo el pretor de entre ellas, cuatro que serán los vocales. Si se trata de hijos no reconocidos y no declarados, como, ni siquiera a las relaciones de amistad puede recurrirse, no queda otro medio que el consistente en la libre elección por el pretor, quien eligirá de entre los consejeros municipales u otras personas probas, reduciéndose en tal hipótesis, a dos el número de vocales (art. 261). Este Consejo es también presidido por el pretor e integrado por el tutor y el protutor. Excepcionalmente, cuando el menor se halle aislado en un hospicio, la administración de éste oficiará de Consejo de tutela, sin que precise la intervención ni la presencia del pretor (art. 262).

Incapacidad, exclusión, dispensa.—Dado el principio de obligatoriedad de los oficios tutelares, la ley precisaba tener en cuenta algunas causas legítimas que justificasen la exención de esta obligación. De aquí el sistema de las *excusationes*, conocido ya del Derecho romano, con el que se relaciona la dispensa de nuestro Derecho (artículos 272-276).

Por otra parte, el propio interés del incapaz y la pureza del oficio, exigían la exclusión de las personas incapaces o de las que por causas distintas, como la condena criminal, la conducta dudosa, la infidelidad, la ineptitud para administrar, no ofreciesen suficiente garantía, de que habrían de proteger bien los intereses morales y materiales del tutelado. De aquí las causas de *incapacidad*, de *exclusión* y de *remoción* (artículos 268-271).

a) *Dispensa.*—Al hablar de dispensa, la ley se limita a los oficios de tutor y protutor, omitiendo el de vocal del Consejo, y se limita a aquéllos, por ser los más gravosos e implicar una actividad concreta; la función del miembro del Consejo no requiere el desenvolvimiento de una actividad especial, ni impone cargas tan onerosas como las que recaen sobre los dos órganos ejecutivos (sin embargo el pretor, por razón de la distancia o por concurrencia de otras causas puede dispensar del oficio de vocal, artículo 254). Los altos dignatarios del Estado y las personas

cuya atención es absorbida por oficios públicos u otras misiones graves, las de edad muy avanzada o los padres de prole numerosa, no deben ser gravados con este oficio. El sistema seguido por el Código se basa en la distinción de dispensa de derecho y dispensa impetrada y concedida. Hay personas que están dispensadas de pleno derecho y otras que deben hacer valer (mediante demanda al Consejo) la causa de exención.

Están *dispensados de derecho* de los oficios de tutor y de protutor: los Príncipes de la Familia real (a no ser que se trate de otros Príncipes de la misma Familia), los Presidentes de ambas Cámaras, los Ministros, los Presidentes del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas, de las Cortes judiciales, los Jefes del Ministerio fiscal, los Secretarios y Directores generales de la Administración central, los Jefes de la Administración provincial (artículo 272).

Tienen *facultad de pedir dispensa* de dichos oficios (la demanda o solicitud es resuelta por el Consejo de familia, art. 275): las mujeres, los que tengan más de sesenta y cinco años, los afectos de enfermedad grave o crónica, el padre de cinco hijos vivos, quien se halla investido de otra tutela, los militares en activo servicio, los que desempeñen misiones fuera del reino o residan por razones de servicio fuera del territorio del Tribunal en donde la tutela esté constituida (art. 273), y quien, sin ser pariente o afín, desempeñe el oficio, habiendo un pariente o afín capaz y no legítimamente dispensado (art. 274).

b) *Incapacidades, exclusión y remoción*.—Las normas que aquí se dan se refieren a los oficios de tutor, de protutor y de vocal del Consejo. La ley distingue la *incapacidad* de la *exclusión* por no haber querido agrupar en una misma categoría las personas que sin culpa carecen de las cualidades necesarias para ejercer las funciones tutelares y aquéllas que por motivos deshonorosos son reputadas indignas de desempeñar misión tan elevada. Distingue también la ley la incapacidad y la exclusión de la *remoción*, previendo en esta última el caso de oficio ya asumido, que el investido debe dimitir.

Son por tanto *incapaces*, los que no tengan la libre adminis-

ción de su patrimonio, quienes mantengan o hayan de mantener o cuyo padre, madre, descendientes o cónyuge, mantengan o hayan de mantener con el incapaz litigio sobre el estado civil de éste o sobre una cantidad considerable de sus bienes (artículo 268) (1).

Están *excluidos* como indignos: los condenados a pena criminal, los condenados a la pena de cárcel (2) por hurto, fraude, falsedad o delito contra las buenas costumbres, las personas de mala conducta notoria, las notoriamente incapaces de administrar, las de probada infidelidad o negligencia, las culpables de abusos de autoridad en el ejercicio de la tutela, los quebrados no rehabilitados (artículos 266 y 270).

Deben ser *removidos* si hubieren asumido ya el oficio, los que sean incapaces o estén excluidos (artículos 269 y 271). Así, pues el tutor que no hubiere prestado fianza o no hubiere sido debidamente dispensado de prestarla (art. 292), el tutor o el protutor que no inscriban la hipoteca legal en favor del incapaz (artículo 1.984), el tutor o protutor que no formen el inventario en el tiempo y modo legales (art. 288), el tutor que no pida el nombramiento del protutor (art. 265), el tutor que no haga constar en el inventario sus débitos en favor del menor (art. 286) (3).

(1) El art. 268, núm. 1, indicaba en primer lugar las mujeres; pero la incapacidad de éstas ha cesado por efecto de la ley de 17 de Julio de 1919, núm. 1.176.

(2) Vieja terminología del Código penal anterior (véanse artículos 20 y 26 del Real decreto de 1.º de Diciembre de 1889, núm. 6.509).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Admitido por nuestro Código el sistema de tutela de familia, la función tutelar está atribuida a una Asamblea deliberante (Consejo de familia), a un órgano ejecutivo (Tutor) y a otro fiscalizador (Protutor). En segundo plano, con funcionea inspectoras, actúa la autoridad judicial

El *Tutor* es el órgano más importante de la tutela, pues aun cuando los otros dos han de concurrir necesariamente a su funcionamiento se duda fundamentalmente de su eficacia. Le están atribuidas funciones de representación del menor y debe atender al cuidado de su persona y bienes, recabando las oportunas autorizaciones del Consejo de familia, actuando siempre bajo la vigilancia del protutor. El tutor ha de ser único y el cargo es retribuido. En orden a la persona del menor, ha de alimentarlo y educarlo (art. 264), puede corregirlo con autorización del Consejo de familia, de quien también ha de obtenerla para dar al menor una carrera u oficio (art. 269). Si se tratara de un loco, demente o sordomudo, ha de procurar el restablecimiento de su salud pudiendo recabar

del Consejo de familia autorización para recluirlo en un establecimiento adecuado (artículos 264 y 269). En todo caso, le corresponde la representación del menor o incapaz en los actos que éste no pueda ejercitar por sí mismo (art. 262).

El *Protutor*, órgano desconocido en las legislaciones que siguen el sistema de tutela de autoridad, carece de precedentes en nuestra legislación; su intervención es necesaria (art. 234) y es cargo gratuito que no se difiere en ningún caso por la ley (art. 233). Las funciones que preferentemente le están encomendadas son de fiscalización y vigilancia, teniendo que intervenir en la formación del inventario, constitución de fianza, rendición de cuentas del tutor, en los pagos que se hagan a éste de ciertos créditos y de los que tenga contra el tutelado, debiendo llamar la atención del Consejo de familia sobre la gestión del tutor si la estima perjudicial a los intereses del menor, a quien representará en los conflictos de intereses con los de su tutor (artículos 236, 279, 280 y 275).

El *Consejo de familia*: Asamblea deliberante a quien le están atribuidos los más importantes acuerdos sobre la persona y bienes del menor. Carece de precedentes — tal como el Código lo entiende — en la legislación patria y está tomado de la francesa. Su diferencia con el Consejo de familia italiano está en que la autoridad judicial (Juez municipal) no lo preside más que en su constitución, encargándose luego de la presidencia el Vocal que los designados para interarlo elijan. También se diferencian ambas legislaciones en que en el Consejo de familia se da en nuestro Derecho para los hijos naturales reconocidos. Se distinguen el Consejo de familia testamentario del legítimo, del dativo y del mixto, según la forma de delación. Lo integran los parientes o personas que el padre o madre indicó en su testamento, y a falta de ellas, para los hijos legítimos los parientes más próximos de ambas líneas (art. 294). Si se trata de hijos naturales reconocidos, sólo serán de la línea del padre que reconoció. Si fuese el de un hijo ilegítimo, lo preside el Fiscal municipal e intervienen cuatro vecinos honrados, y si se refiriera a acogido en un establecimiento benéfico, está constituido por la Administración del establecimiento (artículos 302 y 303).

El número de miembros es cinco y lo preside el que éstos determinen, que tendrá las atribuciones que le señala el Código (art. 334). A las reuniones del Consejo de familia deberán concurrir si fueran llamados el tutor y el protutor o si hubieren instado la reunión, y podrá acudir el menor si tiene más de catorce años. Las funciones que le están atribuidas son las más importantes en cuanto a la persona del pupilo (artículos 46, 322) en orden a sus bienes (artículos 209 y 272) y respecto al nombramiento, excusas, incapacidad y remoción del tutor y protutor y rendición de cuentas, etc. (artículos 231, 233, 239 y siguientes, y 279, etcétera).

La función pública atribuida a cuantos integran el organismo tutelar (tutor, protutor, vocales del Consejo de familia), determina la existencia de incapacidades (art. 237) y causas de remoción (art. 238). Así como determinadas circunstancias personales pueden servir de excusa (artículo 244) de la obligación legal de intervenir en las instituciones de guardaduría.

§ 122.—*Ejercicio y cesación de la tutela*

Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 735 y siguientes; Chironi, *Ist.*, II, §§ 423-426; Zachariae *Mon.*, III, §§ 551-554, 566-580; Aubry y Rau, *Cours.*, I, §§ 109-122, 127; Planiol, *Traité*, I, números 1.847-1.864, 1.878-1981, 2.091-2.099; Windscheid, *Pand.*, II, §§ 437-439, 441-445.

I. *Ejercicio de la tutela.*—a) *Actos preliminares.*—Los primeros actos que inician la gestión tutelar son dos providencias tendentes ambas a asegurar la integridad patrimonial del incapaz: la *caución* que el tutor debe prestar como administrador de los bienes ajenos para satisfacer las deudas que el mismo puede contraer como derivación de su responsabilidad por la gestión tutelar; el *inventario* que describe el patrimonio del tutelado y evita el peligro de la dispersión de los bienes de aquél. Una y otra providencia son igualmente esenciales, urgentes e (salvo excepcional dispensa de la caución) inderogables; deben preceder a los demás actos de gestión como se deduce del art. 292, párrafo último, que prescribe se delibere sobre la caución en la primera reunión del Consejo de familia y del art. 281, que ordena se proceda a la formación de inventario dentro de los diez días siguientes a aquel en que el tutor tuvo noticia de su nombramiento.

La *caución* que el tutor está obligado a prestar puede consistir en sumas de dinero, en otros valores, o en la constitución de prendas, hipotecas o fianzas personales. Corresponde al Consejo de familia fijar su cuantía; el tutor puede elegir entre las varias especies de garantía, y cuando no haga la elección, la garantía consistirá en una hipoteca sobre los bienes que el Consejo indique (art. 292). La hipoteca es legal y no precisa para su constitución el consentimiento del tutor (art. 1.969); es más, el propio tutor debe pedir la inscripción dentro de los veinte días siguientes a la adopción del oportuno acuerdo por el Consejo de familia (artículos 1.983 y 1.984), bajo sanción de pérdida del oficio. Pueden inscribirla, en defecto del tutor, el protutor, el Canciller y hasta el Ministerio fiscal. Tan esencial es esta garantía que si el tutor no posee bienes susceptibles de hipoteca o bienes sufi-

cientes (y no puede prestar otra garantía), el Consejo de familia puede proceder al nombramiento de un nuevo tutor.

El acto a que nos referimos es previo o preliminar, pero no debe entenderse esto en el sentido de que antes de prestarse la garantía carezca el tutor de todo poder de administración. Respecto a los terceros, se dan tales poderes, pero la tutela puede cesar si se provee a la sustitución del tutor por probarse que éste no quiere o no puede prestar la garantía.

Es esta providencia de la caución acto necesario e inderogable, pero no de un modo absoluto, puesto que la dispensa es admitida por vía excepcional. Se otorga al tutor una dispensa *de derecho* cuando sea abuelo paterno o materno del pupilo, pues en tal caso parece bastante garantía de probidad el estrecho vínculo de parentesco que une al tutor con el tutelado y poco conforme a la dignidad de la posición parental de aquél el constreñirlo a dar caución (art. 292). Una dispensa *facultativa* se otorga en los demás casos en que el Consejo de familia estime oportuna su concesión siempre bajo el control de la superior autoridad tutelar, pues la decisión por la que se otorga la dispensa ha de ser autorizada por el Tribunal (art. 292, párrafo 1.º).

La institución de la dispensa es de un carácter tan excepcional, que sólo el Consejo puede otorgarla (el padre en la tutela testamentaria no puede dispensar); luego de haber otorgado la dispensa puede ésta ser revocada (art. 293).

El inventario debe comenzarse por el tutor en los diez días siguientes al en que tuviere noticia de su nombramiento y terminarse en el período de un mes (art. 281). Esta obligación es tan trascendental—el inventario es necesario para juzgar de la gestión tutelar una vez terminada—que no es dispensable (art. 281) ni siquiera por decisión del Consejo de familia; tan esencial, que su omisión, lo mismo que toda infidelidad en su formación, puede implicar la remoción del tutor y siempre la responsabilidad por los perjuicios que deriven (art. 288). Para garantizar la formación del inventario y su fidelidad se ordena la intervención del protutor, siendo tal intervención una de las actuaciones más relevantes de este último cargo (art. 282). En el inventario se

deben indicar bienes muebles y los inmuebles, los créditos y las deudas, y describir las escrituras, papeles, notas relativas al activo o el pasivo del patrimonio, estimar o valorar los bienes muebles y describir, según las formas usuales del comercio, los elementos todos que constituyan las haciendas industriales o comerciales que correspondan al administrado (artículos 283 y 284). También las acciones, créditos y deudas del tutor respecto al tutelado deben indicarse; estas últimas pueden ser causa de conflicto o de oposición de intereses entre el tutor y el tutelado, provocando la intervención del protutor a quien se transferiría (limitada a estas relaciones) la representación del incapaz. La sanción a la inobservancia de este deber es la pérdida para el tutor de todos sus derechos cuando omita el hacer constar en el inventario sus créditos; la remoción, si omite hacer constar sus deudas (artículos 285 y 286).

En la formación del inventario autorizado en vía normal por un Notario (art. 282) deben estar presentes—además del protutor—dos testigos elegidos de entre dos parientes o amigos de la familia, porque éstos, mejor que los extraños, pueden ilustrar sobre la cuantía del patrimonio (art. 282). El inventario es luego depositado en la pretura del territorio en donde se hubiere constituido la tutela, y al depositarlo el tutor y el protutor deben, con juramento, asegurar su fidelidad (art. 282, párrafos 2.º y 3.º). Implica una notable limitación a los poderes ordinarios del tutor esta obligación de formar inventario; en tanto dicha obligación no se cumpla, los poderes de administración son otorgados al tutor solamente en orden a aquellos negocios que no admitan dilación (art. 289).

b) *Actos de administración.*—Además de las estudiadas garantías preliminares, contiene nuestro Código otras normas encaminadas a delimitar de modo preciso los poderes tutelares de administración. Si en el patrimonio del tutelado figuran valores, títulos al portador, objetos preciosos, deberán éstos depositarse en un establecimiento público para que estén custodiados en éste hasta que el Consejo resuelva sobre su uso o empleo (artículo 287). Dentro de los dos meses siguientes a la formación

del inventario, los muebles deben ser vendidos en pública subasta (salvo acuerdo contrario del Consejo de familia) (art. 290), colocando su precio convenientemente. El Consejo debe fijar los gastos anuales necesarios para la manutención del administrado, para su educación e instrucción, para la gestión patrimonial, teniendo también la obligación de colocar convenientemente el exceso de las rentas (art. 291). Corresponde también al Consejo el autorizar las remuneraciones debidas a quienes auxilian al tutor en sus funciones cuando la complejidad de la gestión exija la intervención de varias personas (art. 295). El Consejo puede fijar especiales garantías que aseguren la honrada percepción y conveniente empleo de las rentas (art. 294). Si en el patrimonio del administrado figuran títulos al portador, éstos deben convertirse en nominativos a no ser que el Consejo decida distinta inversión (artículo 298). Si figuran haciendas comerciales e industriales, éstas se enajenarán, a no ser que el Consejo acuerde su prosecución fundada en la evidente utilidad del menor (art. 299). No son posibles la compraventa, la cesión de bienes o derechos del incapaz en favor del tutor o del protutor y tampoco los simples arrendamientos; éstos pueden ser autorizados, sin embargo, por el Consejo (art. 300).

Como se ve, mediante estas disposiciones, que pueden parecer quizás demasiado minuciosas, la autoridad del tutor resulta limitada y rodeada de garantías, controlada desde su iniciación. En cuanto al curso de la gestión tutelar, los poderes del tutor se hallan determinados en la ley de modo concreto, basando tal determinación en una distinción de actos que puede reducirse a lo usual de actos de administración y de disposición aplicado en otros campos del derecho privado. El Código no alude a tal distinción de modo expreso porque, siguiendo un sistema un tanto empírico, se refiere a los actos que el tutor no puede realizar por sí solo; de lo que por exclusión se deducen los que puede realizar por sí. Del ordenamiento legislativo de la materia se deduce que la base no es una simple distinción de dos grupos o si no una clasificación de todos los actos agrupados en tres categorías: a), actos que el tutor puede realizar por sí solo en virtud de sus

poderes o facultades como representante del incapaz y como administrador; *b*), actos que el tutor no puede realizar más que con autorización del Consejo de familia; *c*), actos para cuya válida realización ni siquiera la expresada autorización es suficiente, siendo necesaria además la aprobación del Tribunal. Si examinamos analíticamente los apartados *b* y *c* a los cuales se refiere la ley en los artículos 296 y 301 (pues el apartado *a*) está implícito en los otros dos) será posible afirmar que en el primer apartado *a*) deben figurar los actos de simple administración; en el segundo los de administración extraordinaria, y en el tercero los de emancipación y disposición (1). Con esta fórmula, deducida de los preceptos especiales del Código, pueden completarse las normas del mismo y resolverse los casos dudosos, debiendo utilizarse también a tal fin la comparación entre los límites fijados al poder tutelar (artículos 296 y 391) y los mucho menos rigurosos establecidos por el art. 224 al padre que ejerce la patria potestad. En concreto:

1) Son actos permitidos al tutor, sin necesidad de autorización, por cuanto representan una actividad de *simple administración*, la percepción de rentas, frutos e intereses, la enajena-

(1) Esta distinción no es en verdad la normal a que recurre el Código cuando determina por ejemplo la esfera de capacidad negocial de una persona parcialmente incapaz o la de los poderes de un representante. La distinción corriente es la de actos de administración y actos que exceden de la administración o como suelen también designarse: actos de administración *ordinaria* y de administración *extraordinaria* (por ejemplo, en orden a los que han sido puestos en posesión de los bienes del ausente, art. 29; respecto al padre que ejerce la patria potestad, artículo 224; íd. al inhabilitado, art. 339). Con este sistema de clasificación, los actos de enajenación y de disposición serán naturalmente de administración extraordinaria; con esto resultan incluidos en un mismo grupo, los actos de enajenación y los de administración y gestión; lo que sí prácticamente puede ser útil para limitar los poderes de determinada persona, no responde, en cambio, a una correcta concepción científica. Precisamente, en materia tutelar, es donde aflora la subdistinción de los actos que exceden de la simple administración en dos categorías; el Código no alude a ella de modo expreso, pero puede deducirse del precepto del artículo 301. Lo difícil es delimitar el campo de los tres grupos; la dificultad no impide, sin embargo, que la distinción pueda y deba hacerse.

ción de frutos y de muebles fácilmente deteriorables, el pago de las cargas que gravan los inmuebles, la extinción de deudas, la colocación del sobrante de las rentas, la adquisición de las cosas necesarias a la economía doméstica o a la administración del patrimonio, los arrendamientos y aparcerías de predios, las reparaciones ordinarias de éstos y otros y en general todo acto conservativo del patrimonio y los que tengan por objeto acrecentar sin riesgo la cuantía de éste.

2) Son actos que exigen autorización del Consejo de familia, en cuanto que implican *administración extraordinaria* (artículo 296): la percepción y colocación de capitales, el empleo de los mismos [el contraer mutuos pasivos, el constituir prendas e hipotecas, la enajenación de bienes inmuebles o muebles (excepto frutos y muebles fácilmente deteriorables)], la cesión de créditos, la transmisión de títulos de crédito, la adquisición de bienes muebles e inmuebles (excepto los muebles necesarios a la economía doméstica y a la administración del patrimonio), los arrendamientos por más de nueve años, la aceptación o repudiación de una herencia, la aceptación de donaciones o de legados sujetos a cargas o condiciones [proceder a divisiones o provocarlas judicialmente], el entablar acciones judiciales (excepto si se trata de acciones posesorias o de acciones para demandar el pago de rentas, o de acciones de cualquiera clase, cuando haya peligro en el retardo en su ejercicio) [comprometer y transigir]. Este es el elenco contenido en el Código en el artículo citado (1); el elenco no es completo, pues pueden haber muchos otros actos que no son de enajenación y que, sin embargo, implican una administración extraordinaria. Por eso discuten los civilistas, si el elenco debe estimarse taxativo o si debe el intérprete por analogía reputar necesaria la autorización del Consejo en orden a otros actos de la misma naturaleza (2).

(1) Al reproducirlo he encerrado entre paréntesis cuadrado los actos para los cuales el art. 301 exige que las decisiones del Consejo de familia sean aprobadas; es evidente, en efecto, que tales actos no entran en esta categoría, sino a la tercera; es decir, no son actos de administración extraordinaria, sino de disposición o de enajenación

(2) A mi juicio, la enumeración es taxativa; si se atiende al espíritu:

Los actos que exigen, además de la autorización del Consejo, la aprobación del Tribunal, por implicar *enajenación* o *disposición* (art. 301), son: las enajenaciones de inmuebles o de muebles y los negocios constitutivos de derechos sobre los mismos (servidumbres, usufructos, etc.), las constituciones de prendas e hipotecas, los mutuos pasivos, el proceder a divisiones amistosas o judiciales, el transigir o comprometer, el proseguir el ejercicio del comercio o de la industria (artículos 299 del Código civil y 12 del Código de Comercio). También hay elenco en el Código respecto a éstos, pero deben reputarse comprendidos en él los actos que, como los indicados, impliquen una disposición patrimonial; y esta extensión es posible sin recurrir a la analogía por el amplio significado de la frase «actos de enajenación» con que el art. 301 comienza.

La sanción a la inobservancia de estas normas es: de una parte, la responsabilidad del tutor; de otra, la anulabilidad del acto. Incurre en responsabilidad el tutor que no administre con la diligencia de un buen padre de familia o que no solicite la autorización del Consejo y aprobación del Tribunal en los actos que requieran éstas.

Es anulable el acto realizado por el tutor sin la autorización del Consejo y sin la aprobación del Tribunal, especialmente y con mayor razón si fué el menor o el incapaz quien realizó el acto (art. 1.303, números 1 y 3): pero la acción de anulación es concedida al menor o al interdictado, a sus herederos, al tutor, nunca a la otra parte con quien se contrató, porque la persona capaz de obligarse no puede hacer valer nunca la incapacidad

de la ley, que es el de limitar lo más posible los poderes del tutor y conferir al Consejo de familia la dirección de toda la gestión, resulta claro que siempre que se trate de un acto que exceda de la simple administración ordinaria, el tutor no puede realizarlo por sí solo; el que la ley contenga un elenco de actos, no quiere decir que se excluyan los demás, porque aquél prueba tan sólo el cuidado del legislador en expresar con larga ejemplificación, lo que la fórmula genérica (actos que exceden de la simple admin

trovertible. En tal sentido Boggio, *Personae incap.*, II, núm. 60; Venzi en *Pacifici, Ist.*, VII, pág. 818, ns. g. g.

del otro contrayente ni la falta de formas prescritas para proteger a este último (art. 1.107).

Finalmente, para que la gestión tutelar pueda ser metódicamente seguida y controlada, el tutor (excepción hecha del abuelo paterno y del materno) debe presentar anualmente al Consejo de familia las cuentas de su administración, y el Consejo, antes de adoptar decisión respecto a ellas, las someterá al examen de uno de sus miembros. Tales cuentas son rendidas sin formalidad judicial alguna; luego que recaiga decisión del Consejo, se depositan en la pretura (art. 303). Esta obligación no es dispensable (art. 304).

Hemos expuesto las normas concernientes a la tutela sin distinguir entre la del menor y la del interdictado; la ley extiende, en efecto, a la tutela del interdictado las reglas propias de la de los menores (art. 329). Sin embargo, difieren entre sí en algunos puntos especiales. Así, por lo que respecta a las cuentas anuales en la tutela de menores, no se admite la dispensa de esta obligación, excepto si el tutor es el abuelo paterno o el materno, los cuales están dispensados de derecho (art. 304). En cambio, si el cónyuge, el padre o la madre, son los tutores del interdicto, éstos podrán ser dispensados de dicha obligación por el Consejo de familia o de tutela (art. 331). Del mismo modo en la tutela de los menores el tutor debe vender los bienes muebles del menor; en cambio sobre el tutor del interdicto y en orden a los muebles que se destinan a la habitación de la familia, no pesa tal obligación (art. 332). La tutela del menor dura mientras el tutelado no salga de la menor edad o no sea emancipado; por tanto, se extiende

hechos (mayor edad o emancipación); el cargo, aunque gravoso, es indeclinable; la tutela del interdicto puede durar toda la vida del incapaz, pero sólo el cónyuge, los ascendientes y los descendientes tienen obligación de ejercerla ilimitadamente en el tiempo; los demás no están obligados a conservarla por tiempo que exceda de diez años (art. 333). Por último, cuando el interdicto tenga hijos proveerá el Consejo de familia o de tutela a regular lo relativo a la dote y capitulaciones matrimoniales de estos hijos (art. 334).

II. *Cesación de la tutela.*—Cuando se habla de fin de la tutela, puede entenderse ésta de dos modos. objetivamente en cuanto no haya ya un incapaz y no sea necesario ni posible un poder tutelar; subjetivamente, en cuanto sin cesar la tutela se extinguen los poderes del tutor que debe ser sustituido.

Las causas de la primera especie afectan a la condición personal del incapaz, y son (además de la muerte de éste): su emancipación (artículos 241 y 314); en la tutela de los interdictos por enfermedad mental, la cesación de tal enfermedad (con tal que esta cesación resulte declarada en sentencia revocatoria de la interdicción) (art. 338); en la tutela de los condenados, la extinción de la pena (art. 33 del Código penal). Las causas de la segunda especie se refieren a la condición personal del tutor, y son (además de la muerte de éste) todas aquellas causas que inicial o sucesivamente a la asunción de la tutela le hagan incapaz para ejercer el oficio (condena penal, interdicción judicial, quiebra) o le otorguen el derecho a ser exonerado; esta exoneración tendrá lugar por remoción o dispensa.

Es evidente que a estas dos especies de causas deben corresponder reglas diversas, sobre todo en lo que se refiere a la obligación de rendir cuentas y al ejercicio de las acciones derivadas de la tutela.

La obligación fundamental del tutor al cesar en su cargo es la de rendir cuentas (art. 302). Rendir cuentas significa dar razón, con documentos, con un estado de ingresos y salidas, del movimiento de capitales, rentas y valores, débitos y créditos que se produce en el patrimonio del administrado, de modo que se pueda acreditar el resultado de la gestión tutelar y si ésta se cierra con saldo a favor o en contra del tutor; la cuenta da razón, justifica los actos de administración y de disposición, los negocios jurídicos celebrados para el administrado, los litigios sostenidos, las transformaciones hechas, etc., de modo que sea posible al administrado (o al nuevo tutor de éste) fiscalizar la actuación tutelar y ejercer contra el tutor las acciones que correspondan cuando haya responsabilidad de éste; y viceversa, hacer posible al tutor el ejercicio de las oportunas acciones contra el

administrado por anticipos o desembolsos hechos por aquél en interés de éste, con la limitación, sin embargo, de que en lo referente a los gastos y demás desembolsos no basta justificarlos, sino que precisa además probar que han sido útiles al tutelado (artículo 305, párr. 2.º). No se admite la dispensa de la obligación de rendir cuentas (art. 304) generales, y el propio abuelo tutor, que está dispensado de presentar las anuales, debe presentar generales (art. 303). Y tan esencial y rigurosa es esta obligación, que antes de la rendición y aprobación de cuentas no se permite convenio alguno entre el tutor y el administrado (artículo 307) y no sólo los que se refieran a la rendición de cuentas, sino también las que en nada se refieran a tal obligación (1); son ineficaces también las disposiciones testamentarias del administrado en favor del tutor, aunque la sucesión se abra después de aprobadas las cuentas, a no ser que el tutor fuese ascendiente o descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador (artículo 769). Las cuentas de la tutela se rinden directamente al tutelado cuando la tutela se extingue por causa objetiva: se rinden, pues, al mayor, al menor emancipado, a quien estuvo enfermo o fué condenado personalmente, con la asistencia del curador en el caso del emancipado; si el pupilo murió, deberán rendirse las cuentas a sus herederos. Sin embargo, la ley en este estadio de las relaciones tutelares quiere que el administrado sea asistido en el examen de las cuentas por el protutor o por la persona que en defecto de éste designe el pretor; infringiéndose tal norma, el tutor no quedará eficazmente liberado (art. 307). Cuando la tutela se extinga por causas subjetivas, es decir, personales del tutor,

(1) Dicen algunos, por ejemplo, Pacifici-Mazzoni, *Ist.*, VII, pág. 772; Dusi, *Ist.*, I, pág. 304, y otros autores nacionales y franceses citados por el primero, que tal prohibición se refiere solamente a las convenciones relacionadas con la obligación de rendir cuentas y que conciernan directa o indirectamente a las obligaciones y responsabilidad del tutor. Creo con Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 829, ns. u. u., y otros autores, que ésta es errónea, pues restringe el sentido amplio que tiene el art. 307. No podrá tener lugar convención alguna entre el tutor y el pupilo, llegado a la mayor edad antes de haber sido aprobadas las cuentas de la tutela. No sólo no hay motivos para una interpretación restrictiva, sino que el espíritu de la ley se opone abiertamente a tal interpretación.

las cuentas deben rendirse a quien suceda a éste en dicho cargo con intervención también del protutor; estas cuentas no serán, sin embargo, definitivas ni relevarán al tutor de su obligación sino en el caso de ser aprobadas por el Consejo de familia o de tutela (art. 306). Aprobadas las cuentas, cesan las prohibiciones de estipular convenciones y de hacer liberalidades testamentarias; cesa la suspensión de la prescripción, y en general las normas restrictivas afectantes a las relaciones entre administrado y tutor no tienen ya razón de ser.

No por eso se extinguen los créditos y responsabilidades que las cuentas arrojen y que se dan recíprocamente entre ambos interesados; al contrario, es este precisamente el momento de hacerlos valer. Proveen a ésta a semejanza de lo que ocurría en Derecho romano con la *actio tutelae directa y contraria*; las acciones conferidas al administrado contra el tutor (eventualmente también contra el protutor) y al propio tutor contra el administrado. Por la primera, el incapaz obtiene el pago del saldo deudor del tutor que la cuenta arroja; esta cantidad devenga intereses desde el día de la ultimación de la cuenta, sin que precise demanda (art. 308); deberá abonar también el resarcimiento del daño causado al pupilo por dolo o culpa en que haya incurrido el tutor en la gestión patrimonial. Estos créditos están garantizados por la hipoteca legal a que están sujetos los inmuebles del tutor (art. 1.969, núm. 3) y por las diversas garantías constituidas en sustitución o como adición a aquélla; por tanto, ni los bienes ni los fiadores pueden quedar liberados si no consta la extinción de la deuda del tutor. Por la segunda, el tutor obtiene el pago de todo desembolso y anticipo hecho en interés del incapaz, pero las sumas debidas por tal concepto no producen intereses sino desde el día de la demanda judicial deducida después de la ultimación de la cuenta.

Estas acciones no están todas sujetas a la misma prescripción. A tenor del art. 309, mientras las acciones que tienden a obtener el pago del saldo resultante de la rendición de cuentas definitivas (ya sea contra el tutor, ya contra el administrado), están sujetas a la prescripción de treinta años, las acciones refe-

rentes a la tutela, sean directas o contrarias, se extinguen por la prescripción de diez años, a contar desde el día de la mayor edad del menor o desde el de la muerte del administrado, en todo caso. Ahora bien, como el artículo citado excluye expresamente de la prescripción más breve los créditos que deriven de la rendición de cuentas por «acciones referentes a la tutela», habrá que entender todas las demás, como son la del administrado, para exigir la rendición de cuentas, para hacer efectivas las responsabilidades y para conseguir el resarcimiento, y, las del tutor contra el administrado, para obligar a éste a que reciba las cuentas, a aprobarlas, a liberar los inmuebles de la hipoteca, etcétera (I).

NOTA DEL TRADUCTOR.—I. *Ejercicio de la tutela*.—Constituído el Consejo de familia, designados el tutor y el protutor, son requisitos imprescindibles la formación del inventario de los bienes del tutelado (artículo 264), la fijación de los alimentos de éste (art. 268) y de la retribución del tutor (art. 276), el afianzamiento de la tutela (art. 252) y su inscripción en el Registro de tutelas que se lleva en los Juzgados de 1.^a instancia (art. 205).

El inventario—aun cuando el Código trate de él como obligación del tutor en el ejercicio de la tutela—, ha de formarse antes de comenzar a funcionar con intervención del protutor, de los testigos que el Consejo de familia designe y de Notario, si dicho organismo lo cree preciso. Se ordenará el depósito de las alhajas, muebles y efectos públicos que no deba de conservar el tutor, se tasarán los muebles y semovientes y se requerirá al tutor para que manifieste los créditos que tenga contra el menor, entendiéndose renunciados los que no incluya en el inventario.

La fianza, salvo que el tutor esté exento de constituirla (art. 260), se hará efectiva en bienes del tutor, bastantes para garantizar el importe de los bienes muebles que se le entreguen, la venta de los bienes del tutelado y las utilidades de las empresas industriales o mercantiles, en las que el menor sea partícipe (art. 254). Los inmuebles quedan asegurados por inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre del pupilo. La fianza podrá ser hipotecaria, pignoratícia o personal, inscribiéndose la primera o depositándose la segunda a requerimiento de cualquiera de los que integran el organismo tutelar (artículos 257 y 258).

Durante

la persona y bienes del pupilo. Las funciones en cuanto a la persona, se han indicado en la nota al párrafo anterior. Respecto de los bienes tiene todas las atribuciones del administrador (art. 264), debiendo rendir cuenta anual, salvo que estuviese exento (art. 279) y como su actuación ha de estar controlada por el protutor, ha de requerir su intervención cuando fuese necesaria (artículos 264 y 275). En aquellos actos que exceden de la simple administración y pueden comprometer el patrimonio del menor, taxativamente enumerados en el art. 269, números 4 al 13, ha de obtener autorización del Consejo de familia, quien puede asesorarse de peritos o Letrados (artículos 271 y 274).

II. *Cesación de la tutela*.—La tutela se extingue: 1.^o, por llegar el me-

§ 123.—*La curatela*

Brugi, *Ist.*, § 89; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 780 y siguientes, 858 y siguientes; Chironi, *Ist.*, II, §§ 426, 437; Zachariae, *Man.*, III, §§ 585, 590-594, 596, 577; Aubry y Rau, *Cours.*, I, §§ 123-137; Planiol, *Traité*, I, números 1.876, 2.009 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, § 447.

I. *Definición y caracteres.*—La definición de la curatela es más difícil que la de la tutela. Esta mayor dificultad estriba en la circunstancia—que no se ofrece en materia tutelar—de no presentarse la curatela con el carácter de una institución única, sino más bien con el carácter de un conjunto de instituciones diversas que se aplica a situaciones profundamente diferentes y a fines variables.

Cuando fijamos anteriormente el concepto general de la curatela lo contrapusimos al de la tutela, sobre todo, respectivamente, a sus peculiares funciones, poniendo de relieve que el poder de representación era la nota característica, la esencia propia de la tutela, y diciendo que este poder no se hallaba en la curatela. Pero esto debe entenderse discretamente con las necesarias limitaciones. Hay casos en que al curador se otorga un poder de representación, así, por ejemplo, al curador de los nacederos. La contraposición es exacta si se limita a ciertos casos,

por a la edad de veintitrés años, por habilitación de edad y por adopción, y 2.º, por haber cesado la causa que la motivó cuando se trata de incapaces, sujetos a interdicción o pródigos (art. 228).

Al terminar su gestión el tutor o sus herederos, han de rendir cuenta de ella al menor o incapaz que estuvo sujeto a guarda acompañando a las cuentas los justificantes y siendo aquellas censuradas por el Consejo de familia (artículos 281 y siguiente), debiendo responder del saldo que tenga a su favor el menor (art. 286) y de todos los actos de gestión realizados durante el ejercicio de su función, más las acciones que de ella deriven, tanto las en beneficio del menor, como las que en contra de éste tenga el tutor, prescribirán en el término de cinco años (art. 287).

Al cesar la tutela, se disuelve el Consejo de familia, entregándose al tutelado las actas de los acuerdos que aquél hubiere tomado, siendo los vocales responsables de lo acordado, salvo los que se abstuvieran en el acuerdo que originó el perjuicio (artículos 311 y 312). También el protutor será responsable de los daños y perjuicios que sobreviniesen al pupilo por omisión o negligencia en el cumplimiento de sus deberes (artículo 236, § 2.º).

a aquellos en que el curador se nombra para una persona parcialmente incapaz, la cual es asistida por aquél y coopera con aquél en la constitución de la relación jurídica; dicha contraposición sería errónea si se refiriese a toda especie de curatela. Del mismo modo, mientras hay casos en los que la función del curador se desenvuelve en la asistencia a la persona del incapaz, integrando la voluntad imperfecta de éste, hay otros en que falta un incapaz a quien asistir, consistiendo la función del curador en custodiar, conservar o administrar un patrimonio. Además, como en la tutela, así también en la curatela puede haber un poder con carácter permanente, que dure cuanto dure la incapacidad de una persona. Al lado de estos hay otros casos de curatela en los que el poder se confiere para determinados actos, para un singular conflicto de intereses; así que la función del curador es temporal y se agota con la ejecución de un acto único de consentimiento.

Reducir a unidad y resumir en una definición casos tan distintos, es empresa, más que ardua, imposible.

Bien diferente de las curatelas del menor emancipado, del pródigo, del inhabilitado, que tiene caracteres de permanencia y generalidad de funciones, es la curatela ordenada, por ejemplo, cuando el padre de un menor instituido heredero por un tercero extraño no quiere aceptar la herencia; hay una escasa relación entre el curador del sordomudo o el del ciego de nacimiento y el curador destinado a un patrimonio como la herencia yacente o el del vientre para proteger los intereses del nacedero. En muchas ocasiones, sólo el nombre tienen de común estas instituciones, que reconocen supuestos, finalidades, objeto completamente diferentes.

Con criterio un poco empírico, pero prácticamente útil, se suelen agrupar los distintos casos de curatela en dos categorías: curatelas *generales* de carácter permanente, con poderes amplios en el curador que abarcan toda la actividad jurídica del incapaz, y que duran mientras subsiste la causa de la incapacidad; las curatelas *especiales*, en las que el curador tiene funciones limitadas de asistencia al incapaz en un determinado acto o de repre-

sentación de un patrimonio. Más orgánica y menos arbitraria puede estimarse la clasificación, basada en otro criterio, según que el poder se ejerza, respectivamente, a una persona, cuya incompleta capacidad suple el curador con su consentimiento, o respectivamente, a un patrimonio, cuya custodia, conservación o administración corresponde al curador. Ya se adopte uno u otro criterio o se recurra a otros elementos para agrupar los diversos casos de curatela, siempre sucederá que las especies o categorías no son homogéneas.

Si se quiere definir la curatela e indicar sus caracteres, precisa limitarla a aquellas especies correspondientes por analogía a las de la tutela, es decir, a la curatela general y permanente del menor emancipado y a la del inhabilitado (enfermos mentales, pródigos, sordomudos y ciegos de nacimiento).

La curatela se ofrece aquí como un poder de asistencia a la persona incapaz, completando su voluntad menos plena con el asentimiento prestado por el curador en el acto querido por el incapaz, haciéndolo de este modo perfecto e inatacable. La función del curador es la de suplir con su consentimiento lo que falta o se presume que falta en la determinación de voluntad del incapaz: la completa consciencia de la utilidad del acto que sólo una larga experiencia puede dar, la ponderación de las personas maduras que no padecen defecto psíquico alguno. Prevalece en esta función el aspecto patrimonial: el curador protege especialmente los bienes del incapaz controlando los actos dispositivos y de enajenación, prohibiéndolos, rehusando prestar su consentimiento cuando resulten perjudiciales, vigilando, dirigiendo la actividad jurídica de la persona que le ha sido confiada. La personalidad jurídica de ésta no queda absorbida por la del curador, como ocurre en el caso del menor y en el del interdicto: iniciativas, determinaciones, resoluciones, son por completo del incapaz, si bien controladas, vigiladas y limitadas por el curador. Sus características son poco más o menos las mismas que las de la tutela:

α) También la curatela tiene el carácter de oficio público, la ley lo incluye en el número de los oficios tutelares y somete

al curador a la vigilancia y al control de la Autoridad judicial.

β) También ella, como la tutela, es oficio gratuito; se equivocan quienes admiten la procedencia de honorarios; la pureza de la relación y la función protectora de ella no consiente la retribución de este oficio.

γ) Es también un oficio obligatorio que no puede renunciarse si no median determinadas causas, previstas en la ley y comprobadas por la Autoridad; quizás aquí la obligatoriedad es mayor, si se tiene en cuenta que a la curatela no se aplican las causas de dispensa de la tutela (artículos 272-274).

ς) Una de sus características es también la indivisibilidad y unidad de poder, ya que no pueden nombrarse varios curadores a una misma persona y para un mismo patrimonio. Esta característica no se ofrece aquí, sin embargo, como se ofrece en la tutela (art. 246); la curatela es siempre individual, y si hay, por ejemplo, varios hijos emancipados, no habrá un solo curador para todos ellos (salvo el caso que sea curador el propio padre emancipante), sino un curador para cada uno.

II. *Especies.*—Prescindiendo por ahora de los casos especiales, dos son las especies fundamentales de curatela para las personas: la que se refiere a los menores cuando habiendo cesado la patria potestad o la tutela son emancipados, y la que se refiere a los mayores, enfermos mentales o pródigos, inhabilitados mediante sentencia, o a los ciegos o sordomudos de nacimiento que se hallan inhabilitados de pleno derecho.

a) *Curatela de los menores emancipados.*—La ley, al autorizar la posibilidad de que el hijo quede relevado de la patria potestad o de la tutela, ya por concesión de quien ejerce uno u otro poder (emancipación voluntaria), ya por efecto del contrato de matrimonio (emancipación legal), no podía otorgar a dichos hijos la capacidad plena de los mayores de edad porque el supuesto indispensable para alcanzar dicha capacidad es haber cumplido los veintiún años. Con esta especie de curatela la ley crea un poder que suple el imperfecto desenvolvimiento de las facultades intelectuales del menor, y, sobre todo, la inexperiencia de éste, que consiste en la asistencia del curador al mismo en los actos

más importantes que impliquen disposición del patrimonio o comprometan la integridad del mismo.

El estado del menor emancipado, es, en efecto, un estado intermedio entre el del menor y el del mayor de edad. En las relaciones concernientes a los derechos personales, puede decirse que la capacidad del emancipado es plena: puede a su arbitrio elegir oficio o profesión, domicilio o residencia, nacionalidad; sin embargo, para contraer matrimonio, precisa del asentimiento de sus ascendientes. En cuanto a las relaciones patrimoniales, la ley, para fijar el límite de la capacidad del emancipado, recurre al concepto de acto de simple administración; así, mientras el emancipado es capaz de realizar por sí los actos que no excedan de la simple administración (art. 317), es, en cambio, incapaz para los que excedan de ésta, ya sean de administración extraordinaria, ya de enajenación; en éstos interviene la autoridad del curador, que presta su consentimiento y completa la voluntad del emancipado. En esta segunda especie de actos la ley introduce otra distinción; mientras para algunos actos importantes, aunque de menor relieve, tales como recibir las cuentas de la tutela (artículo 316), percibir capitales a condición de emplearlos convenientemente, comparecer en juicio como actor o como demandado, cualquiera que sea la naturaleza del acto que origine el litigio (art. 318) es suficiente el consentimiento del curador, para los demás actos que exceden de la simple administración se requiere, además del consentimiento de aquél, una autorización del Consejo de familia o de tutela (art. 319, párr. 1.º); es más, respecto a una parte de estos últimos, que tienen un carácter de enajenación más marcado y pueden afectar a la integridad del patrimonio del menor (enajenaciones, constituciones de prenda o de hipoteca, mutuos pasivos, transacciones, compromisos, divisiones, art. 301), se exige además que la decisión del Consejo de familia o de tutela sea sometida a la aprobación del Tribunal (artículo 315, párr. 1.º).

El consentimiento del curador es preciso cuando el acto es intrínsecamente necesario o útil al patrimonio del incapaz; en el caso de negativa del consentimiento, el menor puede recurrir al

Consejo de familia (art. 320), el cual decidirá prestando su asenso o confirmando la negativa del curador.

Las causas de delación de la curatela son dos solamente (a diferencia de las de la tutela, que son tres): la ley y el nombramiento por el Consejo de familia. Puede haber, pues, una curatela legítima y dativa; no puede haber, en cambio, curatela testamentaria.

La curatela es *legítima* si hay personas a quien el poder es conferido por la ley directamente: y estas son:

α) En la emancipación hecha por el padre o por la madre, el padre o madre emancipante (art. 314), entendiéndose que no puede ser curadora la madre si vive el padre, porque sólo éste podía emancipar; la madre, en cambio, será curadora si fué ella quien emancipó (habiendo muerto el padre o perdido sus derechos) o si habiendo emancipado el padre hubiere éste luego muerto o perdido sus derechos.

β) En la emancipación que tiene lugar por efecto del matrimonio será curador el padre, y, en su defecto, la madre, si se trata del hijo varón (art. 315).

γ) Si se trata de hija, el marido de ésta, el curador del marido, si éste es menor o inhabilitado, o el tutor del marido, si éste estuviese interdictado (art. 315, párr. 2.º).

δ) Finalmente, si la hija fuese viuda o estuviese separada de cuerpo o de bienes, será curador el padre o la madre de ella (artículo 315, párr. 3.º) (1).

Se recurre a la curatela *dativa* sólo por vía subsidiaria cuando no sea posible por falta o incapacidad la delación de la curatela a las personas designadas por la ley. Si la emancipación es concedida por el Consejo de familia o de tutela, será este Consejo el que nombrará curador (art. 315). Si la emancipación tiene lugar por matrimonio y faltan o son incapaces los dos padres,

(1) Resulta de esta disposición, que en la emancipación la mujer que sea mayor, no es nunca curadora del marido, ni podría ser tampoco curadora dativa; el principio de la unidad familiar, concentrada en el marido, se opondría y constituye una excepción singular que no es lícito extender la del art. 340, que hace posible a la mujer el ser tutora del marido interdictado.

el nombramiento de curador lo hará también el Consejo de familia o de tutela (art. 315, párr. 1.º); del mismo modo en orden a la hija viuda o separada del marido, cuando no tenga padre ni madre (art. 315, párr. 3.º).

La curatela cesa por las mismas causas por las que puede cesar la emancipación, es decir, por la mayor edad, por la interdicción y por la revocación; naturalmente, según los casos habrá liberación definitiva de todo vínculo (mayor edad) o nueva sujeción al primitivo poder (patria potestad, tutela) o sujeción a un poder nuevo (la tutela que procede cuando el emancipado sea interdictado). No cesa la curatela, sino que cambia la persona investida con tal cargo; si el curador muere, se incapacita o es removido.

b) *Curatela de los mayores (inhabilitación)*.—Cuando la enfermedad mental no sea tan grave que prive de la conciencia de los propios actos ni justifique la pérdida total de la capacidad con la providencia de la interdicción, tiene lugar la inhabilitación. El discernir si la enfermedad psíquica determina una absoluta inconsciencia en el sujeto o turba y obscurece la razón, sin suprimirla, es una cuestión de hecho a resolver con el auxilio de la técnica sanitaria y de la pericia médica en cada caso. La ley (artículo 339) no establece criterios fijos sobre cuya base pueda adoptarse una u otra providencia; se limita a declarar en forma negativa que la inhabilitación procede cuando la enfermedad mental no es tan grave que justifique la interdicción de la persona. Será, pues, enfermedad diversa o la misma enfermedad en grado e intensidad menores; pero siempre habrán manifestaciones patológicas habituales y de cierta permanencia, porque no es justo privar de toda la capacidad a quien por modo pasajero y tan sólo esporádicamente haya dado señales de perturbación psíquica; no se debe reputar negado el requisito de la habitualidad por el hecho de que la ley no lo repita en el art. 339; basta con haberlo exigido para la interdicción en el art. 324, al que se recurre en la inhabilitación.

Al enfermo mental se equipara el *pródigo* (art. 339); la prodigalidad no es en esencia otra cosa que la manifestación de un

desequilibrio interno, que consiste en la disipación y destrucción de los bienes. Si se estudia como figura independiente en sí, ello se debe a la tradición histórica, que ha estudiado siempre como un caso especial el del pródigo.

Los otros dos casos de inhabilitación del *sordomudo* y del *ciego de nacimiento*, inhabilitación que se produce apenas alcanzan la mayor edad (art. 340), son bien distintos del anterior; en ellos la causa no es una sobrevenida enfermedad mental y sí un defecto físico congénito que puede influir en el desarrollo de las facultades intelectuales, deteniendo su desenvolvimiento o impidiendo la adquisición de la experiencia vital, cuya posesión es supuesto indispensable del ejercicio pleno de sus derechos. De aquí la diferencia que media entre ambos grupos de casos respecto a las medidas protectoras: mientras en orden al enfermo mental y al pródigo se requiere un juicio y la inhabilitación se declara mediante sentencia respecto al sordomudo y al ciego de nacimiento, la inhabilitación es derecho, y si ocurre declaración judicial es para el fin opuesto, o sea para suprimir la incapacidad derivada de la ley, o sea para declararlos hábiles para proveer a las cosas propias (art. 340).

En la inhabilitación del enfermo mental y del pródigo precisa un juicio regular con garantías, con pruebas bastantes que acrediten el desequilibrio mental, con interrogatorio personal del inhabilitado y nombramiento eventual de un curador provisional; en una palabra, con las mismas modalidades que las que se requieren para el juicio de interdicción. Podrán promover este juicio las personas que pueden promover el de interdicción (artículo 339, párr. 1.º). En la práctica ocurre con frecuencia que la instancia tienda alternativamente a conseguir la inhabilitación o la interdicción, confiriendo al Juez la facultad de declarar una u otra según el dictamen pericial y el resultado de las demás pruebas.

La incapacidad que deriva de la sentencia de inhabilitación o de la inhabilitación legal es semejante a la del menor emancipado. Como éste, el inhabilitado es capaz de realizar una serie de negocios relativos a los derechos personales y familiares (como

contraer matrimonio o reconocer un hijo natural) o a los patrimoniales que no excedan de la simple administración; puede también hacer testamento. En orden a los demás actos—comparecer en juicio, transigir, contraer mutuos pasivos, percibir capitales, liberar, enajenar e hipotecar los bienes, y, en general, los actos excedentes de la simple administración—, necesitará el consentimiento del curador. Aquí no se distingue (como ocurre en el caso del emancipado) entre actos que requieren solamente la asistencia del curador y actos que requieren, además, una autorización del Consejo de familia o de tutela o también una aprobación del Tribunal; es siempre suficiente el consentimiento del curador, porque la ley no exige en orden a ningún acto, por mucha que sea su importancia patrimonial, autorizaciones ni aprobaciones.

Conviene tener en cuenta que en materia de inhabilitación no se ha repetido en la ley la distinción adoptada para la interdicción entre actos realizados con anterioridad a la sentencia y actos realizados con posterioridad a la misma (artículos 335-337). De aquí que muchos deduzcan que mientras los actos posteriores a la sentencia de inhabilitación si se celebran sin el consentimiento del curador son nulos (siendo relativa la nulidad sólo podrá ser invocada por el inhabilitado), los anteriores a la misma son siempre válidos, sin que se admita la prueba de la enfermedad mental al tiempo de su realización.

Esta segunda especie de curatela, a diferencia de la anterior, reconoce una sola causa de delación, es siempre dativa. El nombramiento de curador es de la competencia del Consejo de familia o de tutela, los cuales se constituirán en el momento de promoverse el juicio de inhabilitación (art. 339), y si se trata de sordomudos o de ciegos de nacimiento, cuando éstos hubieren cumplido la mayor edad. No hay curadores legítimos ni testamentarios.

Como la interdicción, la inhabilitación puede cesar revocándose la sentencia en que se hubiere declarado por otra nueva, cuando hubiere cesado la causa que dió lugar a la inhabilitación (artículo 342). Con la revocación de la providencia cesa la cura-

tela, readquiriendo la persona el pleno ejercicio de sus derechos o sometiénola a tutela, si la revocación de la inhabilitación ocurre porque, habiéndose agravado la enfermedad, se estima conveniente proceder a la interdicción.

III. *Organos de la curatela.*

Los órganos a que se confía el ejercicio del poder de protección en la curatela son: el curador y el Consejo de familia o de tutela. No hay un tercer órgano que corresponda al protutor de la tutela. Pero hay también, como en la tutela, una intervención directa de la autoridad judicial más o menos intensa; dicha autoridad participa en el Consejo, aprueba las decisiones de éste, resuelve conflictos, vigila o toma iniciativas (Ministerio fiscal), coopera a la protección de la persona incapaz y defiende de malversaciones y prodigalidades el patrimonio de éste.

El órgano ejecutivo es el *curador*. De su función específica hemos hablado ya; por regla general, no representa, sino que asiste al incapaz. Si aprueba el acto, presta su consentimiento y hace eficaz e inatacable la voluntad de la persona sujeta a curatela; si no lo aprueba, rehusa el consentimiento, y (salvo el recurso al Consejo) impide que el acto se realice, o que, realizado por el incapaz, produzca sus efectos. Si aprueba y consiente el curador debe participar directamente en el acto, interviniendo en él; no se trata, en efecto, de una segunda e independiente manifestación de voluntad que adopte la forma de aprobación o confirmación sucesiva que ratifique lo querido por el inhabilitado y sí de una voluntad que se une y casi si identifica con la del incapaz, ya que deben concurrir ambas voluntades para que se produzca el negocio jurídico querido. Ello no impide que tenga eficacia la posterior declaración del curador que apruebe el acto realizado por su protegido sin la debida asistencia; pero dicho acto no será perfecto e inatacable por haberlo realizado el incapaz por sí solo.

Como órgano colegiado y por encima del curador está el *Consejo de familia* (para los hijos legítimos) y el de *tutela* (para los ilegítimos). Su composición es semejante a la de dichos Consejos en la tutela, con la sola diferencia de que, en vez del tutor

y del protutor, en éste actúa el curador. Pero no hay que creer que se trate de un mismo organismo: el de la curatela es un Consejo distinto del de la tutela, si bien la composición de uno y otro son semejantes. Si, por ejemplo, un pupilo es emancipado por decisión del Consejo de tutela o por efecto del matrimonio, no es el Consejo constituido ya el que funcionará como Consejo de familia para el emancipado; habrá que proceder a la constitución de uno nuevo, pues el primero, al disolverse, agotó su función. Respecto a las demás funciones, lo mismo que en la tutela, consisten en la curatela, en decidir, autorizar, en resolver conflictos; en la curatela dativa nombrar curador; en los casos de abuso o negligencia de éste, en removerlo de oficio. La mayor parte de las normas dictadas por la ley a propósito de la tutela determinan la composición y funcionamiento del Consejo en materia de curatela.

Finalmente, en cuanto a las causas de incapacidad de exclusión y de remoción del curador son las mismas que en la tutela, como se deduce de los artículos 268 y 271, en los que la ley, tratando de la capacidad para asumir los oficios tutelares, equipara a tutor, protutor, curador y miembros del Consejo de familia. No se pueden, en cambio, extender las causas de dispensa de la tutela a la curatela, porque en las disposiciones correspondientes propias de la tutela no se menciona para nada al curador; sólo es extensiva a la curatela (por expresa disposición del art. 276) la dispensa otorgada por el Consejo de familia cuando renuncie al oficio el investido (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—Nuestro actual Derecho, que se separó de su precedente inmediato, las Partidas, no ha conservado entre sus instituciones la curatela.

Al prescindir de ella ha determinado la necesidad de montar todo el organismo tutelar para casos que, en nuestro antiguo Derecho como en el italiano estaban resueltos dentro de la curatela; teniéndose que recurrir en otros, a designaciones de idéntica finalidad que aparecen desperdigados en el Código y sin la unidad que les hubiera dado la institución curatelar; por ello ha sido objeto el Código civil patrio de duras críticas y entre las más significadas la de D. Augusto Comas, en su obra *La revisión del Código civil español*.

Los casos de emancipación por matrimonio o por concesión del padre, pueden determinar la necesidad de asistencia del tutor, artículos 59 y 317, antes eran casos de curatela y en orden a las incapacidades que en el Derecho italiano obligan la intervención del curador, ha de indicar.

§ 124.—*Las curatelas especiales*

Brugi, *Ist.*, § 89; Chironi, *Ist.*, II, § 412; Aubry y Rau, *Cours.*, I, §§ 136, 137; Planiol, *Traité.*, I, números 2.014, 1.876; III, núm. 2.127.

Además de las formas ya examinadas de curatela, la ley —para proveer a exigencias particulares en una variada serie de casos— dispone que el curador se destine a una persona o a un patrimonio con funciones frecuentemente limitadas a uno o más actos singulares y, por tanto, casi siempre con un acentuado carácter temporal en la función. Esta función resulta a veces determinada expresamente por la ley misma o deriva de la especial finalidad, de la naturaleza de la relación o de la institución en que la curatela actúa. Recordaremos a continuación las más señaladas especies:

I. *Curador de los hijos del ausente.*—Si el padre está ausente (en sentido técnico, no corriente) y la madre no vive o muere antes de que la ausencia sea declarada o ésta imposibilitada para ejercitar la patria potestad, se constituye una curatela para los hijos menores, la cual es conferida por el Consejo de familia al ascendiente paterno, y en defecto de éste al materno (art. 244); si ni aun éste hubiere, se procederá al nombramiento de un tutor temporal (art. 47).

El uso indistinto que la ley hace de los términos «curatela» y «tutela» en este art. 47 sugiere justificadamente la duda de si se trata de uno u otro poder, no habiendo motivo alguno que explique el que se llame «curador» al ascendiente y «tutor» al extraño, ni razón que justifique el que se recurra a institución diversa. Debe estimarse que se trata de curatela y que con la imprecisa expresión de «tutor temporal» el Código quiere significar un

se, que en nuestro Derecho la ceguera no es causa limitativa de la capacidad (salvo en ciertas garantías en orden a la testamentifacción) que en él no se distingan grados en orden a la incapacidad por enfermedad mental, y por último, que están sometidos a tutela, igual el loco o imbecil, que el sordomudo y el pródigo si bien para éstos la extensión de la tutela está determinada en la sentencia, declarando la incapacidad a la prodigalidad (artículos 218 y 221).

curador; la patria potestad (dados el concepto y sistema legal de la ausencia) no cesa, se halla solamente *in suspenso* y por ésto no puede substituirse por la tutela. Cierito que a este curador corresponden funciones protectoras de la persona y de los bienes y ejerce un poder de verdadera y propia representación de menores.

2. *Curador del vientre*.—Esta especie de curatela que deriva su nombre de la correspondiente institución romana: *curator ventris*, es una de las formas de protección del concebido, ya que, como dice Ulpiano, comentando el edicto pretorio sobre el *venter*, debe ser protegido no ya sólo el nacido *sed etiam is qui nonaum natus sit, propter spem nascendi* (fr. 1. pr. D. 37. 9.). Si, pues, al morir el marido la mujer se halla encinta, el Tribunal, a instancia de un interesado, puede nombrar un curador del vientre que cuidará de impedir la substitución, suposición o supresión de parto, y podrá adoptar las medidas conducentes a asegurar los derechos del nacedero.

3. *Curador del no concebido*.—La posición de los nacederos de determinada persona puede ser doble. O son concebidos y no nacidos aún, o no concebidos. La protección del concebido se actúa por el principio *conceptus pro iam nato habetur* y por la función encomendada al curador del vientre; si el nacedero es llamado a una sucesión, la administración de los bienes que le sean dejados se otorgará al padre; en defecto de éste a la madre (artículo 860): pero esto no es curatela y sí derecho normal de la patria potestad cuyos poderes de representación se extienden al hijo *in spe*. También el no concebido es digno de protección, pues la ley permite instituir heredero o legatario al *concepturus* siempre que éste sea hijo inmediato de determinada persona y de que ésta viva al tiempo de morir el testador (art. 764). La protección del *concepturus* se verifica merced al nombramiento de un administrador de la herencia o del legado (art. 860), el cual no es otra cosa que un curador especial de los bienes con poderes de representación. Tal poder de representación no se concedía al curador por la doctrina y jurisprudencia antigua; se estimaba universalmente que por virtud del art. 224 dicho poder

residía en el padre (o en la madre), incumbiendo al curador tan sólo la facultad de administrar los bienes. Estudios recientes han llegado a la consecuencia de que en el poder de administración está implícito un poder de representación; sólo puede haber duda de si dicho poder de representación excluye el que corresponde al padre o a la madre o deja subsistente este último en lo que afecta a los demás intereses del nacedero (1). La figura que estudiamos puede ser comprendida en la herencia yacente, pues ésta, como veremos (2), no abarca solamente los dos casos del artículo 980, sino también otros.

4. *Curador de la herencia yacente.*—Cuando una herencia está yacente por no ser conocido el heredero o por haber renunciado a ella los herederos testamentarios o legítimos, se nombra a los bienes un curador cuya misión es administrarlos y conservarlos (art. 980). El curador es nombrado por el pretor del distrito en donde se haya abierto la sucesión, a instancia de cualquier interesado o también de oficio (art. 981). Dicho curador asume la representación del patrimonio hereditario y debe administrarlo, comparecer en juicio para ejercitar y promover las acciones pertinentes contra los deudores y los detentadores de los bienes que pertenezcan a la herencia [contra el curador habrán de dirigirse las acciones de los acreedores y de los que tengan derechos sobre la herencia]; está obligado a formalizar inventario, a ingresar en la Caja de Depósitos judiciales el dinero hallado en la herencia o el procedente de rentas o la venta de bienes inmuebles o muebles; terminada su gestión, debe rendir cuentas a quien corresponda (art. 982).

En esta especie figura—según el más amplio concepto de la yacencia, que más adelante exponaremos (§ 127)—el caso en que el heredero haya sido instituído bajo condición suspensiva: mientras la condición pende (en tanto no se haya verificado aún o en tanto no se pueda estimar incumplida), la herencia es custodiada y administrada por un curador, que tutela los derechos de los

(1) Véase la monografía de Stolli, *La successione dei non concepti* (*Riv. dir. civ.*, 1924, páginas 417 y siguientes).

(2) Véase § 127.

llamados sucesivamente (art. 857). Tal función puede ser encomendada a estos últimos. Cuando sean llamados en testamento conjuntamente al heredero condicional y entre éste y aquéllos se dé el derecho de acrecer, la ley confiere la administración a tales herederos sucesivos como más directamente interesados (artículo 858); en otro caso se confiere al presunto heredero legítimo o a un tercero extraño, si la autoridad judicial estima, mediando motivos legítimos, conveniente el excluir al heredero legítimo (artículo 859).

No figura, en cambio, aunque sea muy análogo, el caso en que la institución de heredero o de legado haya sido hecha con la obligación de no hacer o de no dar (condición potestativa negativa) o el de que se haya fijado al legado un término inicial (artículos 855 y 856) y el heredero o legatario obligados a dar caución no la hayan prestado; también en esta hipótesis procede el nombramiento de un curador para los bienes con el fin de salvaguardar los intereses de aquellos a los que la herencia o legado serían entregados en caso de incumplimiento de la condición o del interés del legatario en el caso del legado sujeto a término o a condición (art. 857, párrafo 1.º).

5. *Curador en el caso de conflicto de intereses.*—Cuando el investido con un poder de representación o de asistencia tenga un interés (aunque sea indirecto) en el asunto de la persona protegida, la ley ordena la suspensión del ejercicio de dicho poder y que se transfiera éste a un tercero, pues se presume que el conflicto de intereses impida al investido con aquel poder el juzgar y decidir con serena objetividad. Hay una presunción de incompatibilidad entre el ejercicio de la función protectora y el interés personal, y es una presunción absoluta que no puede ser destruída ni aun probando que el investido con aquel poder está dispuesto a sacrificar el propio interés por el ajeno. La misma incompatibilidad se produce cuando los opuestos intereses son de dos incapaces sujetos al mismo poder de una misma persona; por ejemplo, de dos hijos menores sujetos a la patria potestad del padre común o de dos pupilos sujetos a la misma tutela, ya que también aquí hay el peligro de que el padre o el tutor se

deje guiar por predilección u otro sentimiento y no aprecie recta y serenamente el acto que se ha de realizar. Si, pues, hay conflicto de intereses entre el padre y el hijo menor sujeto a su potestad (art. 224), o entre los hijos menores sujetos a la misma patria potestad (art. 224), o entre pupilos sujetos a la misma tutela (art. 246), la representación que constituye la entraña de tales poderes deberá ser suspendida y confiada a un extraño; al hijo o hijos menores les será nombrado un curador por la autoridad judicial que conozca del litigio, y cuando no penda litigio alguno, lo nombrará el Tribunal civil (art. 224). La ley no prevé expresamente el caso de conflicto de intereses entre el tutor y el pupilo, porque en otras disposiciones ha aludido a las declaraciones que el tutor debe hacer al asumir la tutela cuando tenga créditos o deudas con relación al tutelado y ordenado según los casos la remoción o la caducidad (artículos 285 y 286); tampoco prevé el conflicto en caso de curatela. Pero un conflicto entre tutor y tutelado puede también tener lugar. Puede entre tutor y tutelado surgir un conflicto sin que proceda la remoción o se produzca la caducidad de los poderes tutelares; en este caso funciona el protutor de quien constituye ésta una de las misiones principales. Y en cuanto al conflicto entre curador y asistido, debe estimarse que la curatela cesa en quien la ejerce, procediéndose a la sustitución del curador por otro, pues sería improcedente la coexistencia de dos curatelas.

6. *Curador del hijo menor a quien se hace objeto de liberalidades.*—Si se dispone de una herencia o se hace un legado en favor del menor, el padre que ejerce la patria potestad puede aceptarlos (art. 226). Del mismo modo si el hijo está sujeto a tutela (o se trata de un mayor sujeto a tutela), la aceptación es hecha en su nombre por el tutor, quien debe previamente obtener la autorización del Consejo de familia (art. 296). Lo mismo ocurre si se trata de liberalidades hechas por actos *intervivos*, es decir, de una donación; en tal caso aceptarán el padre o el tutor (artículo 1.059). Pero puede suceder que el padre no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado; en tal caso la negativa o la imposibilidad de la aceptación por el padre se supera solici-

tando (el hijo, los parientes o el Ministerio fiscal de oficio) el nombramiento de un curador a quien el Tribunal civil podrá autorizar a que acepte, oído que haya al padre sobre los motivos de su negativa (art. 226). Distinto es el sistema adoptado para el caso de que no se acepte una donación; en esta hipótesis la ley faculta para aceptar a la madre o a los demás ascendientes, aun cuando vivan ambos padres, pero las personas a quienes se faculta deberán obtener la autorización del Tribunal (artículo 1.059). Solamente cuando la donación sea hecha al menor por el padre o por el tutor, aun subsistiendo en la madre y en los demás ascendientes la facultad de aceptar, podrá el Tribunal acordar el nombramiento de un curador especial (artículo 1.059, párr. 2.º). No hay necesidad de curador cuando la donación o la herencia sea hecha o deferida a un menor o a un mayor sujetos a tutela por persona distinta del tutor, porque en estos casos será el Consejo de familia quien deberá autorizar al tutor a la aceptación (art. 296).

Puede nombrar curador especial el testador que haya instituído heredero al hijo menor ajeno; esta facultad del extraño de excluir el ejercicio del atributo natural de la patria potestad a que está sujeto el agraciado con la disposición testamentaria, se justifica por la ventaja que deriva al menor, a quien el extraño quizás nada dejaría si la administración recayese en el padre o en la madre que ejerce la patria potestad. De todos modos el poder del curador se limitará en tal caso a la administración de los bienes que el testador transmitió al menor (art. 247).

7. *Curador del interdictando e inhabilitando.*--Se ha visto ya que desde que se inicia el juicio de interdicción e inhabilitación, el Tribunal puede luego del interrogatorio de la persona enferma de muerte nombrar a ésta un curador provisional o temporal para la protección preventiva del enfermo; cuando se dicte la sentencia, si declara existente la enfermedad, el efecto es que el curador (nada impide que sea la misma persona) habrá de ser sustituido por un tutor si se declara la interdicción, o que el curador provisional habrá de transformarse en definitivo si se pronuncia la inhabilitación. Este curador temporal (así le llama

el art. 839 del Código de procedimiento civil) o administrador provisional (así se designa en el art. 335 del Código civil) cuidará de la persona y de los bienes del sujeto a interdicción o inhabilitación.

8. *Curador para el matrimonio del inhabilitado.*—El inhabilitado, como sabemos, puede contraer matrimonio, porque sólo éste se prohíbe por la ley al interdictado por enfermedad (artículo 61). Pero capitulaciones matrimoniales no puede otorgar por sí solo, sino que deberá intervenir para consentirlas un curador especial. Lo mismo es aplicable al sujeto a juicio de inhabilitación, o sea al todavía no inhabilitado. Por el precepto del artículo 1.387, que habla de un curador que «será nombrado a tal efecto», no se debe admitir que pueda consentirlas el curador ordinario ya nombrado al inhabilitado o el curador temporal nombrado al inhabilitando, y se debe estimar, en cambio, que procede el nombramiento de uno especial para las convenciones matrimoniales. El sistema no es lógico y representa una exigencia inútil.

9. *Curador en el abuso de la patria potestad.*—Cuando el padre que ejerce la patria potestad (o la tutela legal si se trata de hijo natural) abusa de su poder o lo ejerce de modo perjudicial a los intereses morales o materiales del hijo, la patria potestad (o la tutela legal) puede ser total o parcialmente suspendida, pues la autoridad judicial puede en tales casos proveer al nombramiento de un tutor o de un curador (artículos 233 y 184).

Es ésta precisamente una figura nueva de curatela especial, y propiamente de curatela de bienes: si el incumplimiento de los deberes paternos consiste tan sólo en administrar mal los bienes del hijo, la providencia que procederá adoptar será el nombramiento de un curador para los bienes, no el nombramiento de un tutor.

10. *Curador en el juicio de desconocimiento de la paternidad.*—Cuando el padre deduce acción para desconocer la paternidad, su contradictor será el hijo si éste es mayor de edad, pero si es menor o interdicto, habrá que organizar la representación del hijo, la cual no podrá ser asumida por la madre (en el caso

del menor) y deberá ser conferida a un tercero extraño. El Tribunal proveerá, pues, al nombramiento de un curador especial (artículo 168), quien, representando en juicio al hijo, defenderá su legitimidad y sostendrá sus derechos.

11. *Curador del emancipado para la rendición de cuentas.* Puede suceder que el hijo menor, al salir de la tutela por emancipación, tenga como curador a la misma persona que hasta entonces habrá obrado como tutor. La rendición de cuentas debida al emancipado y que debe hacerse con la asistencia del curador de éste, no podría verificarse en este caso con esta garantía, ya que sería absurdo que el curador aprobase una cuenta que formalizó y rindió él mismo. Precisaré, por tanto, nombrar un curador especial, nombramiento que incumbe al Consejo de familia o de tutela (art. 316).

Este caso, en definitiva, no es más que una aplicación particular de la curatela para los conflictos de intereses y debe considerarse comprendido en el caso del número 5.

12. *Curador para los hijos del primer matrimonio.*—Si la mujer viuda que tiene hijos menores contrae segundo matrimonio, el Consejo de familia provee a determinar las condiciones en que debe ejercerse la administración de los bienes y de la educación de los hijos. Si descuida (la viuda) el convocar el Consejo de familia, le alcanza una grave sanción; pierde de pleno derecho la administración de los bienes, y el Consejo de familia provee a nombrar un curador especial que asuma dicha administración (artículo 238).

13. *Curador del demandado.*—Si un incapaz es demandado en juicio, son posibles tres hipótesis: o que tenga ya su asistencia y representación legal, o que no la tenga, o que, teniéndola, haya oposición de intereses entre el incapaz y su representante o asistente. Ahora bien, en las dos últimas hipótesis, o hay persona que puede suplir al representante o asistente que falta o que aun no faltando tiene un interés opuesto (si, por ejemplo, hay un protutor), y en el juicio intervendrá dicha persona, o no hay quien pueda suplirla, y la autoridad judicial que conoce del

litigio nombrará, a instancia del actor, un curador especial al demandado (art. 136 del Código de procedimiento civil).

14. *Curador de la herencia beneficiada.*—La posición del heredero que, llamado a la sucesión, quiera invocar el beneficio de inventario, es una posición intermedia; si no ha aceptado aún, no es heredero, y durante los términos que le son concedidos para formalizar el inventario y para deliberar no tiene tampoco tal cualidad, sin embargo, tiene derechos y obligaciones y entre éstas la de custodiar y administrar los bienes hereditarios. La ley (art. 964) lo considera como un curador de derecho de la herencia y declara que a título de tal puede ser demandado en juicio para representarlo y responder frente a las acciones deducidas contra la herencia. En el caso de que no comparezca en juicio, la autoridad judicial nombra un curador especial a la herencia para que represente a ésta en juicio.

15. *Curador a la memoria del difunto.*—Una figura especial de curatela se produce, finalmente, en el juicio penal. Si se sujeta a revisión una sentencia condenatoria por delito y el condenado hubiere muerto, la Corte de Casación, al ordenar la revisión, nombra un curador especial que en el proceso de revisión ejercitará los derechos todos del difunto y sostendrá la instancia para obtener la rehabilitación de su memoria; cuando la instancia tuviere lugar en vida del condenado por un pariente de éste, será tal pariente curador de derecho (art. 546 del Código de procedimiento penal) (1).

NOTA DEL TRADUCTOR.—No existiendo, en la actual organización de la guardaduría la curatela, mal puede hablarse de curatelas especiales en nuestra legislación; mas como ya dejamos dicho en la nota al párrafo precedente, la omisión de la curatela ha determinado la necesidad de llamamientos a tutores, administradores o defensores, que vienen a suplir deficientemente a la institución desaparecida.

Así, en el llamamiento al tutor de los artículos 59 y 317, el administrador del ausente declarado del art. 187, el defensor del menor en el artículo 165, y otros muchos casos que acertadamente recoge el Sr. Comas, en la obra ya citada.

DERECHO HEREDITARIO

SECCIÓN PRIMERA

PARTE GENERAL

CAPITULO XXIX

Principios fundamentales del Derecho hereditario

§ 125.—*La sucesión a causa de muerte*

Philomus, *Enc.*, §§ 95-102; *Dir. ered.*, I, §§ 1-8, 18, 19; Brugi, *Ist.*, §§ 90, 91; Pacifici, *Ist.*, IV, pág. 1; Chironi, *Ist.*, II, §§ 437, 438; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 598, 599; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 588, 589; Planiol, *Traité.*, III, números 1.698 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 527, 528 (1).

Concepto.—La exigencia sentida en toda Sociedad jurídicamente ordenada de que las relaciones jurídicas de una persona no se extingan en su muerte, sino que se transmitan a otros que subentran así en el lugar del difunto, halla cumplida satisfacción en la institución de la herencia. En todo otro campo que no sea el del derecho puede ser cierto el dicho *mors omnia solvit*, pero en la esfera jurídica, exigencias no solamente morales y espirituales, sino sociales, políticas y, sobre todo, económicas, imponen que para seguridad del crédito, para conservación e incre-

(1) Además de las monografías sobre temas especiales que se citarán ocasionalmente, hay que tener presentes como obras generales sobre derecho hereditario y sus conceptos fundamentales: para el Derecho romano y común, Beckhaus, *Grundzüge des gem. Erbrechts*. Iena, 1861; Verigng, *Röm Erbrecht*, Tübingen, 1861; Schirmer, *Handbuch des röm. Erbrechts*, 1863; Köppen, *Lehrbuch des hent. röm. Erbrechts*, 1887-95; Fadda, *Concetti fondamentali del dir. ereditario rom.*, Nápoles, 1900 (2 vols.); Scialoja, *Dir. ereditario* (Lecciones 1904-1905); Ferrari, *Ricerche sul dir. ereditario nell'alto medio evo.*, Padua, 1914; Glasson, *Le droit de succession au moyen age* (*Nov. rev. hist.*, XV, 1892); Ciccaglione, *Successione* (en *Dig. it.*); para el Derecho francés, Pothier, *Traité des successions, des donations tes-*

mento de la riqueza, las relaciones de una persona sobrevivan a su muerte, que como titular del patrimonio de la persona que muere subentre otra que sea como continuadora de la personalidad del difunto. El derecho hereditario, o sea el conjunto de normas que regulan la transmisión de bienes del difunto a la persona que le sucede, halla su fundamento racional en la necesidad de que la muerte no rompa las relaciones de quien cesa de existir, ya que la interrupción de tales relaciones repercutiría perjudicialmente en la economía general. Si en algún derecho positivo e histórico como el de Roma hay que buscar distinto fundamento, como es la transmisión de la soberanía doméstica y la continuación del culto familiar, el aspecto económico influye siempre de modo considerable en esta rama del Derecho, porque para regular la transmisión lo que principalmente se toma en cuenta es el patrimonio.

Como en cualquiera otra transmisión de derechos de una persona a otra, en la transmisión que tiene lugar por herencia hay una sucesión; las relaciones jurídicas pasan de la persona del difunto (*auctor, de cuius*) a la del heredero (*successor*), y tal transmisión se opera por la muerte del *auctor*.

La sucesión *mortis causa* es, pues, sólo una rama de las sucesiones. Si el derecho hereditario suele designarse «derecho de sucesión», sin más, ello se debe a un uso impropio de la palabra, que tomada en sentido absoluto expresa en el lenguaje tra-

tamentaires et entre vifs; Poujol, *Traité des successions*, 1842 (2 vols.); Chabot, *Comm. sur la loi des successions*, ed Belost-Solimont, París, 1848 (2 volúmenes); Baudry Lacantinerie, *Delle successioni* (trad. it. de Bonfante) Milán, 1908 (3 vols.); *Delle donazioni fra-vivi e dei testamenti* (2 vols.); para el Derecho italiano, Pacifici, *Mazzoni Successioni*, Florencia, 3.^a ed., 1890 (7 vols.); Fulci, *Successioni legittime e testamentarie*, Messina, 1880 (3 vols.) Buniva, *Successioni legittime e testamentarie*, 2.^a ed. Turín, 1888; Losana, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Turín, 2.^a ed., 1911; Vitali, *Delle successioni*, Napoli, 2.^a ed., 1917 (en la colección Fiori, volumen 6.º; Filomusi, *Delle successioni nel dir. civ. it., parte generale*, Torino, 1895 (y en *Dig. it.*, ved *Successione*); *Diritto ereditario (Succ. testamentarie)*, 2.^a ed., 1917; Meluci, *Il dir. di successione*, Napoli, 1910 2 volúmenes); Coviello N., *Corso completo del diritto delle successioni*, 2.^a ed., Napoli, 1914-15 (2 vols.).

dicional solamente la sucesión hereditaria. Esta puede producirse con respecto a una sola relación jurídica o con respecto a varias relaciones singularmente consideradas, llamándose en tal caso sucesión a título particular que tiene lugar en el legado, o sea en la disposición que uno hace para después de su muerte de cosas o derechos determinados; puede producirse también respecto a la totalidad de las relaciones del difunto, al patrimonio por él considerado como unidad orgánica y autónoma, independientemente de los elementos singulares que lo componen, llamándose entonces sucesión universal, que se adquiere por voluntad del propio difunto o por disposición de la ley (1).

El punto central en torno al que se desenvuelve la doctrina del derecho hereditario, es el concepto de herencia. Herencia es, en sentido objetivo, todo el patrimonio de un difunto, considerado como una unidad que abarca y comprende toda relación jurídica del causante independientemente de los elementos singulares que lo integran; es la totalidad de las relaciones patrimoniales unidas por un vínculo que da al conjunto de tales relaciones carácter unitario, haciéndole independiente de su contenido efectivo; es, en suma, una *universitas* que comprende cosas y derechos, créditos y deudas y que puede ser un patrimonio activo si los elementos activos superan a los pasivos (*lucrativa hereditas*), o un patrimonio pasivo en el caso inverso (*damnosa hereditas*).

Concebida como una abstracción, la herencia puede estimarse un *nomen juris* (2), un puro concepto jurídico *iuris intellectum habet* (3).

El heredero sucede en esta *universitas* ocupando el puesto del difunto y convirtiéndose en titular de todas las relaciones

(1) Una notable diferencia entre sucesión *mortis causa* y entre vivos en nuestro Derecho consiste: que la primera es la única en la que puede haber sucesión universal, en la segunda sólo puede haber sucesión a título particular.

(2) Pomponio, fr. 119, D. 50, 16: «*Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris nomen est sicuti bonorum possessio*».

(3) Papiniano, fr. 50, pr. D. 5, 3: «*Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet*».

jurídicas constitutivas de la *universitas*; la transmisión de las relaciones se produce en su totalidad, *per universitatem*, en virtud de un hecho adquisitivo único y en forma que la adquisición no implique mutación o modificación de las relaciones que integran la *universitas*; el heredero sucede en el *universum ius* del difunto, en la posición jurídica de éste, y como consecuencia de esta sustitución pasa a ser el sujeto de las singulares relaciones; éstas, en cuanto que sobreviven a la muerte del titular originario, se transmiten intactas al sucesor, quien de este modo continúa la personalidad jurídica del difunto, representa al *auctor* y forma con él una sola persona (1). En este segundo aspecto, no ya objetivamente, la herencia es sucesión en el *universum ius* del difunto; sustitución de una persona por otra en la totalidad de las relaciones sin que ninguna de éstas sufra alteración, hasta el punto que parezca que ni siquiera el sujeto cambia.

Es este el concepto que contiene la famosa definición romana *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* (2).

La idea de sucesión del heredero en el *universum ius* del difunto ha pasado de la doctrina romana a nuestro derecho positivo; es idea propia de los derechos inspirados en la concepción romanística. Diametralmente opuesta es la del Derecho germánico, que desconoce la sucesión *per universitatem*, porque la unidad del patrimonio, que da a sus elementos constitutivos el carácter de un conjunto orgánico mientras vive su titular, se

(1) Nov. 48, pr. «*Cum utique nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et qui in eum transmittet hereditatem*». Muchos autores critican la opinión de la representación y de la continuación de la personalidad como errónea, pues la persona del difunto se extingue con su muerte y la del heredero es siempre una personalidad nueva (Solarzi, *Contro la rappresentanza del defunto* en *Riv. it per le Sc. Giur.*, LVII, 1916, páginas 277 y siguientes; Barassi, *Ist. dir. civ.*, pág. 525). Esto es exacto, pero no priva a la expresión de su valor como símil (*quodammodo*, dice la Nov. cit.), que da idea del cambio de sujeto que no influye en la estructura y condición de las relaciones, ni siquiera de las que recibe una especial configuración del sujeto. Tal concepto es utilizado también por el Código (art. 1.204).

(2) Juliano, fr. 62, D. 50, 17; Gayo, fr. 24, D. 50, 16.

disgrega con la muerte de éste y no deja lugar más que a una sucesión de relaciones singulares, a adquisición de bienes determinados.

Pero en los mismos derechos que se basan en la concepción romana, como el nuestro, no se ha conservado pura ésta. El origen de la *hereditas* en Roma debe ser, según han demostrado las doctas y profundas investigaciones de Scialoja (1) y Bonfante (2), la designación que el *pater familias*, o sea el jefe del grupo hacía de sucesor en el poder soberano del grupo; *heres* era el que recogía la soberanía doméstica y sólo por efecto de ésta subentraba como titular en las relaciones patrimoniales del difunto. La adquisición del patrimonio no era, pues, el fin principal y directo de la sucesión hereditaria, sino la consecuencia y efecto de la transmisión de aquella soberanía; el hecho decisivo consistía en la adquisición de un título personal, el título de heredero del cual derivaba la adquisición universal del patrimonio. De aquí la consecuencia de que heredero era aquel a quien este título correspondía, aun cuando el conjunto de bienes le fuese sustraído por haber sido agotado con atribuciones particulares; de aquí también todas las demás reglas del derecho hereditario romano, que suponen siempre la existencia de un investido con aquel título.

(1) *La regola nemo pro parte testatus*, etc. (*Bull. ist. dir. rom.*, II, páginas 176 y siguientes).

(2) *Res mancipi*, páginas 320 y siguientes; *L'origine dell'hereditas e de legatini nel dir. successorio rom.* (*Bull. ist. dir. rom.*, IV, páginas 97 y siguientes); *L'eredità e ib. suo rapporto coi legati* (ib. VII páginas 151 y siguientes); *La successio in universum ius e l'universitas* (St. per Scialoja, I, páginas 531 y siguientes); *L'origine dell'hereditas dalla successio sopra na e le eritiche al concetto* (Filang, XXX, 1905, páginas 241 y siguientes); *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredita* (*Bull. ist. dir. rom.*, XXVII, páginas 97 y siguientes). Todos estos trabajos recogidos en *Scritti giur. varii*, I, páginas 101 y siguientes; *Dir. romano*, pág. 440. Contra su opinión, han manifestado dudas algunos autores, otros la han rechazado abiertamente; entre estos últimos véase Filomusi, *Enc.*, pág. 431, núm. 4. 454, número 2; entre los primeros, Ferrini, *Pand.*, pág. 735, núm. 2, quien luego se adhirió (trad. it. de la obra de Glück, *Pand.*, vols. XXXVII-XXXVIII, I, pág. 360).

En cambio, para nuestro Derecho civil, lo importante es la adquisición patrimonial; el título de heredero no es condición para adquirir los bienes, porque heredero es aquel a quien es atribuída la totalidad de los bienes o una cuota, parte de los mismos, independientemente del nombre con que tal sucesor sea designado. Y si bien en el Derecho civil puede ocurrir que el heredero nada obtenga del patrimonio del difunto por haberse éste agotado con disposiciones a título particular (legados), ello es consecuencia no ya de atribuirse a aquél un mero título personal, sino de lo abstracto del concepto de *successio in universum ius*, en el cual se prescinde del contenido material de la misma. No obstante esto, ambas concepciones coinciden en el resultado final; heredero es quien continúa la personalidad jurídica del difunto y es llamado a recoger todo el patrimonio. Pero precisamente porque éste va entendiéndolo como unidad abstracta, independiente de su efectivo contenido económico, es por lo que heredero es también quien recoge solamente pasivo, en cambio, son también sucesores a título particular los que son llamados a suceder en relaciones singulares, aunque recojan todo el activo patrimonial. La representación y la continuación de la personalidad jurídica del difunto, que hace posible el desplazamiento de la totalidad de las relaciones sin modificación en éstas, no corresponde a los sucesores a título particular aun cuando todos los elementos patrimoniales singulares sean atribuídos a ellos. Así, la herencia, que según la concepción moderna, es ante todo un patrimonio y una adquisición patrimonial, llega a ser por efecto de tal abstracción un *nomen iuris*, una posición jurídica que puede ser o no ventajosa (1).

Principios de la sucesión universal.—Las consecuencias que derivan del concepto expuesto de la sucesión hereditaria y que constituyen a la vez los principios cardinales de la misma, pueden resumirse de este modo:

(1) Para una crítica del sistema y concepción general del Derecho hereditario en nuestro Código, véase Bonfante, *Riforma del diritto ereditario*. Relación al VII Congreso jurídico nacional (*Scritti giur.*, I, págs. 546 y siguientes).

a) Como el heredero continúa y representa la personalidad jurídica del difunto, la sucesión no consiente que se asuma la cualidad de heredero temporalmente ni que haya solución de continuidad entra la muerte del causante y el subentrar del sucesor. Como carácter indeleble de la persona, la cualidad de heredero, una vez asumida, no puede perderse, se adquiere de modo irrevocable. Esto expresa la máxima romana *semel heres semper heres* (1) y es confirmado por el art. 851 del Código civil que prohíbe la institución de heredero a término inicial o final y por otras disposiciones (artículos 853, 855, 857) que excluye la posibilidad de una institución bajo condición resolutoria.

b) La unidad conceptual del patrimonio como universalidad no se disgrega aunque dos o más personas sean llamadas a la herencia. El concurso de varios herederos no puede concebirse más que como participación en una comunidad en que cada uno de los llamados, aun percibiendo una cuota parte de los bienes, es sucesor en el *universum ius*, pues la cuota cualitativamente es igual al todo, careciendo de importancia el que la cuantía sea igual (cuotas cuantitativamente iguales) o distintas (cuotas desiguales) (art. 760). La universalidad de la adquisición implica que mientras la presencia de otro concurrente (coheredero) limita el derecho de cada uno, cesado que haya la concurrencia, el único heredero hace suyo todo el patrimonio hereditario, adquiriendo la parte vacante, según las normas que regulan el derecho de acrecer (artículos 879 y siguientes).

c) A la universalidad de la adquisición no se opone el que una o varias relaciones singulares se atribuyan a otras personas distintas de los herederos; tampoco se opone el que una o varias de estas relaciones no sean susceptibles de transmisión. Se transfieren al heredero sólo las transmisibles, es decir, por regla general únicamente las patrimoniales; de éstas se exceptúan las que tengan un estricto carácter personal (por ejemplo, el uso, el usufructo, la obligación alimentaria).

(1) Ulpiano, fr. 7, § 10, D. 4, 4 (*Sine dubio heres manebet qui semel existitit*) y Gayo, fr. 89 (88), D. 28, 5 (*Cum autem semel heres existiterit seruus non potest adiectus efficere, ut qui semel heres existitit desinat heres esse*)).

a) Todos los derechos y obligaciones se transmiten sin experimentar modificación alguna, se transfieren inmutadas incluso relaciones que, como la de posesión, consisten en un estado de hecho y que asumen el carácter que les atribuye la condición subjetiva de su titular. La posesión continúa de derecho en la persona del heredero y éste mantiene la calificación de aquella (buena o mala fe) con respecto al *auctor*, aunque el heredero esté en una condición subjetiva diversa (art. 693). Por otra parte, los actos realizados por el difunto no pueden ser impugnados por el heredero o pueden serlo solamente en los casos en que el propio autor hubiera tenido facultad de impugnarlos.

e) La sucesión universal produce una confusión del patrimonio del difunto con el del heredero, así, que del mismo modo que los acreedores del difunto pueden obtener satisfacción de sus créditos en el patrimonio del heredero, los acreedores de éste pueden cobrar los suyos del patrimonio del difunto. Dedúcese de esto que el heredero responde a los acreedores del difunto *ultra vires hereditarias*, sin que pueda limitar su responsabilidad a la cuantía de la herencia, a no ser que recurra a un remedio especial, el beneficio de inventario, cuyo objeto es impedir la confusión (artículos 955 y siguientes).

Del propio modo que con este medio el heredero de una herencia gravada elude la responsabilidad ilimitada y beneficia a los acreedores propios, así también los acreedores del difunto que tenían un concurso de acreedores personales del heredero, pueden en su propio provecho impedir la confusión invocando el beneficio de la separación de patrimonios (artículos 2.054 y siguientes).

Vocación hereditaria.—Dos son las causas de la sucesión hereditaria: la declaración de voluntad del causante, es decir, el testamento y la disposición legal (art. 720). Ninguna otra es reconocida por nuestro ordenamiento, el cual, ligándose a la tradición romana, ha desterrado por modo absoluto el contrato o pacto sucesorio (1) como causa de adquisición a título universal

(1) Sobre esta materia Beseler, *Die Lehre von den Erbverträgen*, Göttingen, 1834-40; Hartmann, *Die Lehre von den Erbverträgen und den*

o a título particular. Si bien los pactos sucesorios fueron admitidos por alguna legislación intermedia y lo son aún hoy por algunos Códigos modernos con más o menos limitaciones (1); el Código italiano los rechazó todos, ya se hubieren celebrado por el *de cuius* y el sucesor, ya se hubieren celebrado por dos extraños sobre la herencia del tercero no abierta aún, ya tuviesen por objeto la adquisición de una herencia, ya su renuncia. Y los rechazó porque tales pactos pugnaban con el principio de la revocabilidad de las disposiciones *mortis causa* y con el de la libertad absoluta de testar, y además porque pueden conculcar una norma ética por el *votum captandae mortis* que tales actos suelen generar (artículos 1.118, 954, 1.379, 1.380). Ni siquiera sería posible una adquisición hereditaria bajo la forma de donación, porque ya se dijo que la *donatio mortis causa* hoy no existe.

A las dos causas dichas de adquisición corresponden las dos únicas especies de sucesión, la *testamentaria* y la *legítima* o *ab-intestato*. Si al lado de éstas se suele hablar de una sucesión *necesaria* (2), no es que con ésta se exprese una tercera causa de adquisición, sino que se designa una especie de la sucesión legítima, la que tiene lugar contra la voluntad del *de cuius* que

gem Testamenten, Braunschweig, 1860; Erschbach, *Institution Contractuelle* (*Rev. de legisl.*, VI); Maury, *Etude hist. sur l'institution contractuelle*, París, 1902; Re, *Del patto successorio* (en *Studi e doc. di St. e dir.*, VII, 1886, páginas 171 y siguientes, VIII, 1887, páginas 91 y siguientes); Lorzio, *Istituzione contrattuale d'eredità* en *Dir. prat. di dir. priv.*.

(1) Véase, por ejemplo, Código Albertino artículos 1.176 y siguientes; Código napolitano, artículos 1.038 y siguientes; Código alemán, § 2.274; austriaco, § 537

(2) La significación con que la palabra se usa en Derecho moderno es muy distinta de la que tenía en Derecho romano. Sentado el principio según el cual nadie podía ser heredero contra su voluntad — principio que aún hoy rige sin excepciones — el Derecho romano conocía dos categorías de personas que habían de ser herederos contra su voluntad: los descendientes *in potestate* del *de cuius*, es decir, los *sui* (*heredes sui et necessarii*) y los esclavos manumitidos por su dueño en testamento e instituidos herederos por el dicho dueño (*heredes necessarii*); frente a éstos se hallaban todos los extraños (*heredes voluntarii*). Se trata, pues, de herederos que son tales contra su propia voluntad; en nuestro Derecho es heredero necesario, quien es heredero contra la voluntad del difunto.

haya dispuesto de sus bienes por testamento excluyendo en todo o en parte a ciertas personas unidas a él por vínculos de parentesco, las cuales tienen, según la ley, derecho a una cuota parte del patrimonio (*porción legítima, reserva*). Con lo que vamos a decir quedará delineado el sistema sucesorio de nuestro Derecho, que en sus principios fundamentales es el prevalente en las legislaciones modernas: la vocación hereditaria tiene lugar por voluntad del difunto, sin la voluntad de éste por imperio de la ley o contra su voluntad por efecto de un límite que la ley fija a la facultad de testar en consideración a ciertas personas unidas a él por un cierto grado de parentesco. Es un sistema mixto que concilia los derechos y legítimas expectativas de la familia con la libertad de disposición de quien es titular de un patrimonio; un sistema que evita los excesos de las legislaciones que respetan el libre arbitrio del causante (como ocurría en el antiguo Derecho romano) y los de las legislaciones que niegan toda libertad de disposición y atribuyen siempre los bienes a los herederos de sangre, es decir, a los miembros del consorcio familiar (como el Derecho antiguo germánico).

Dejando para su lugar oportuno la exposición de las normas que regulan ambas sucesiones, interesa de momento darse cuenta de las reacciones que ligan la vocación testamentaria y la *ab-intestato*, así como del fundamento racional y jurídico de ambas.

Este fundamento, que para la sucesión testamentaria es la autonomía de la voluntad, que debe ser respetada aun cuando su autor haya muerto, consiste, según los autores, en la sucesión legítima, en una presunción de la voluntad del difunto o en la idea de comunidad doméstica. Según la primera teoría, la ley al ordenar la atribución del patrimonio en defecto de una declaración de voluntad del difunto, tomaría por base para hacer tal atribución dicha voluntad presumiéndole existente y tendente a beneficiar a los parientes con preferencia a los extraños. Según la otra, la atribución de los bienes hecha por la ley en favor de los miembros de la familia, no sería otra cosa que la consecuencia del principio de la comunidad doméstica y un reconocimiento de los derechos o de las legítimas expectativas que durante

la comunidad tienen sobre el patrimonio familiar los miembros de la familia.

Nosotros estimamos que la segunda concepción responde más exactamente a la naturaleza de la sucesión legítima por ser más conforme al origen histórico de la sucesión legal que ha precedido a la testamentaria; la presunción de la voluntad implica que se ha admitido y reconocido el testamento (se trataría, en efecto, de una especie de testamento tácito); si a la voluntad presunta puede recurrirse estando ya vigentes las normas que regulan la sucesión *abintestato* (de quien muere así puede decirse que no testó porque sabía cómo la ley atribuiría su herencia y aceptó tal atribución), dicha voluntad es insuficiente para justificar la aparición de la norma, especialmente en casos no raros en que sucedan parientes de grado tan remoto que pueden considerarse extraños completamente a la intención del difunto.

Sin embargo, conviene advertir que el problema del fundamento de la sucesión a causa de muerte es más que otra cosa un problema histórico el cual puede resolverse de modo diverso en cada ordenamiento positivo.

También es de derecho positivo el otro problema relativo a las relaciones entre la sucesión testamentaria y la legítima. Fué, en efecto, principio cardinal de la sucesión hereditaria romana la absoluta incompatibilidad de las dos sucesiones en una misma herencia: siendo la atribución de la cualidad de heredero hecha por el testador un título que investía al llamado del *universum ius* del difunto haciéndole adquirir el total patrimonio de éste, la universalidad del título y de la adquisición excluía que otro por voluntad legal pudiese suceder al difunto aunque éste sólo hubiese dispuesto de una parte de su patrimonio. En otros términos: nombrado heredero por el *de cuius*, ninguna otra persona que no fuese el nombrado podía recoger la soberanía del grupo doméstico y, consiguientemente, el patrimonio; de aquí la consecuencia de no ser posible la sucesión legal mientras hubiere un heredero testamentario, aunque lo fuese sólo en una parte: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (1).

(1) Este célebre aforismo fué exhumado del § 5, *Inst.* 2, 14: *neque*

Para nuestro Derecho, tal incompatibilidad, que para los romanos era irreductible, *earum rerum naturaliter inter se pugna erat*, iba desaparecido completamente por efecto de la distinta concepción de la *hereditas*, la cual es hoy en primer término una adquisición patrimonial; como heredero es quien adquiere una universalidad o cuota de los bienes, y como la institución de heredero no implica necesariamente la absorción de todo el patrimonio, puede al lado del testamentario ser llamado un sucesor legal que recoja la parte de bienes de que no dispuso el difunto (artículo 720, párr. 1.º). Este sucesor es llamado también aun contra las disposiciones expresas del difunto cuando se trate de uno de los legitimarios o reservatarios, cuya cuota no puede ser sustraída ni perjudicada por el *de cuius*. Así, pues, ambas vocaciones pueden concurrir, y cuando concurren completándose, habrá lugar a dos sucesiones que necesariamente habrán de agotar el haz hereditario; del mismo modo que puede haber una pluralidad de herederos legítimos o de herederos testamentarios, así también puede haber una pluralidad de herederos testamentarios y legítimos conjuntos.

De lo dicho resulta que de las dos vocaciones la prevalente es la testamentaria: cuando hay testamento, y por lo que éste dispone, impera la voluntad del difunto, la cual determina la suerte futura de los bienes. La ley no interviene (abstracción hecha de las normas referentes a la porción legítima o reserva limitativas de la libertad de testar), sino cuando falta total o parcialmente una disposición testamentaria; o cuando habiéndola hubiere caducado (1); en estos casos suple la falta de declaración de voluntad (2).

cuius idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles cuius sola voluntas in testando spectatur, y repítese en muchos otros pasajes de las fuentes romanas; así por ejemplo, en el fr. 7, D. 50, 17; fr. 6, D. 29, 1. No faltan desviaciones de tal norma que preludian su abolición del Derecho bizantino.

(1) Respecto a esto y en apoyo de la atribución a los herederos legítimos vivos al tiempo de la apertura de la sucesión, A Scialoja *La devoluzione legittima dell'eredità in caso di caducità del testamento* (en *Studi per Fadda*, III, páginas 169 y siguientes).

(2) Para quienes aceptan la distinción entre ley dispositiva y suple-

Precisa aquí poner de relieve una importante diferencia que hay entre nuestro Código y el francés, modelo en esta y otras materias de aquél. La sucesión, como se ha dicho, es universal o particular, según que se suceda en la universalidad o en una cuota de los bienes, o solamente en un derecho o relación singulares. Sucesor universal es el heredero y heredero se puede ser por la ley o por testamento; sucesor particular es el legatario de una o más cosas singulares, y legatario sólo se puede ser en virtud de testamento; sin embargo, hay una sucesión particular legal (llamada *ex lege*), y ésta se produce en el caso del cónyuge supérstite a quien corresponde una cuota en usufructo. Al lado de este sistema del Código italiano hay el bien diverso por cierto del Código francés. El concepto germánico según el cual sólo son herederos los de sangre, los miembros de la familia y sobre todos los hijos y descendientes, se basa en la idea de la comunidad doméstica y produce como consecuencia el que el testamento no pueda nunca crear herederos, porque los herederos los hace Dios, no el hombre (*heredes gignuntur non scribuntur; Deus facere potest heredes, non homo*).

Inspirándose en este concepto, que pasó al Derecho consuetudinario francés, el Código napoleónico solamente considera herederos a los parientes del difunto que pueden suceder por ley; el testamento sólo puede crear legatarios. Pero legatario no es solamente el agraciado con una o varias cosas singulares; la ley distingue tres especies de legados: el *universal*, que atribuye la universalidad de los bienes, el legado a *título universal*, que atribuye una cuota parte de los bienes o todos los inmuebles o todos los muebles o una cuota parte de aquéllos o éstos; el legado a *título particular*, que atribuye un derecho singular (artícu-

toria, las normas de la sucesión legítima serían, según el concepto expresado en el texto, normas supletorias, porque la ley suple la falta de voluntad del particular (Melucci, *Dir. di suc.*, pág. 17). Otros afirman que son dispositivas, porque es en primer término la ley la que determina, cómo se atribuye la herencia, y al particular es permitido tan sólo derogar la disposición legal creando una norma diversa (Filomusi, *Dir. cred.*, I, pág. 4). La cuestión no tiene una gran importancia, si se tiene en cuenta lo que ya dijimos en otro lugar.

los 1.002, 1.003, 1.010, 1.014). Más adelante se verá que tan diversa concepción influye en otras importantes reglas, especialmente en las que se refieren a la adquisición *ipso iure* de la posesión de la herencia (1).

§ 126.—*Apertura de la sucesión y delación de la herencia*

Brugi, *It.*, § 92; Pacifici, *It.*, VI, pág. 7; Chironi, *It.*, II, § 439; Filomusi, *Dir. cred.*, I, §§ 11-13, 16; Zachariae, *Man.*, IV, § 600; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, § 590; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 530, 535-537.

La vocación hereditaria, o sea el llamamiento hecho a determinada persona para que recoja la herencia, es un llamamiento virtual de la ley (vocación legítima) o del testador (vocación testamentaria), mientras la sucesión no se abre; al abrirse la sucesión, la vocación, de virtual, se convierte en efectiva, porque sólo entonces el llamado puede hacer suya la herencia. En toda sucesión hereditaria pueden distinguirse tres momentos o aspectos del complejo fenómeno jurídico, aun cuando a ellos no correspondan tres momentos cronológicamente distintos: apertura de la sucesión, delación de la herencia, adquisición de la misma.

La *apertura* de la sucesión se verifica a la muerte de una per-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Reputa nuestro Código civil (ar. 609) la sucesión por causa de muerte, ya sea testamentaria o legítima, como un modo de adquirir o transmitir la propiedad y demás derechos reales olvidando que por ella también se adquieren y transmiten derechos de crédito y pueden constituirse relaciones de orden familiar. El hecho determinante de esta sucesión, es la muerte de una persona en cuyo momento nacen todos los derechos a sucederla, bien sea a título universal, como heredero, o a título particular como legatario (artículos 657 y 666), y desde ese momento se origina en el heredero el derecho a adquirir la herencia que comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659).

El llamamiento a la herencia puede derivar de voluntad del causante o de disposición legal, distinguiéndose, pues, dos clases de sucesión: la testamentaria y la legítima o *abintestato*; ésta subsidiaria de aquélla y con la que puede coexistir al admitirse que la sucesión se difiera en una parte por voluntad del hombre, y en otra, por disposición de la ley (artículo 658).

Junto a estas formas de sucesión, existen en nuestro Código algunos brotes de sucesión contractual, como lo demuestran los artículos 117, 825, 826, 831, 1.036 y 1.057 en los que se contradice la prohibición de pactos sobre herencia futura contenida en el art. 1.271, § 2.º.

ona, es decir, cuando el patrimonio queda sin titular y tiene lugar por la necesidad de la continuidad de las relaciones, necesidad que exige que en el lugar del difunto subentre otra persona. Es, pues, la muerte el supuesto indispensable para que una sucesión pueda considerarse abierta (art. 923: «La sucesión se abre en el momento de la muerte»).

Pero como por muerte (1) en nuestro Derecho sólo se entiende la natural y comprobada, no puede haber sucesión de una persona viva (*viventis non datur hereditas*) ni de aquel cuya muerte no conste, aun cuando sea razonablemente presumible. No subsistiendo, como no subsiste, la muerte civil, que las antiguas legislaciones admitían como efecto de la condena criminal o de la profesión religiosa, no pueden hoy atribuirse a título de herencia los bienes del condenado (2) o del profeso; y en cuanto al ausente, ni aun en el tercer período, o sea, cuando es atribuída la posesión por modo definitivo, hay apertura de sucesión, porque si bien tal atribución es regulada como si se tratase de verdadera sucesión, la ley prevé la posibilidad del retorno del ausente o de la comprobación de su muerte, y consiguientemente de una diversa regulación de sus relaciones jurídicas, pues como ausente no es muerto para la ley, ni puede declararse tal faltando como falta en nuestro Derecho la declaración judicial de muerte (3).

Delación de la herencia es el llamamiento efectivo del heredero, o sea, la posibilidad concreta y actual que el llamado tiene de hacer propia la herencia. En abstracto difiere de la apertura de la sucesión y de la adquisición de la herencia; en efecto, mientras en la apertura se toma en cuenta solamente el fenóme-

(1) El momento de la muerte debe considerarse como el último de la vida del difunto: *momentum mortis vitae tribuitur*. Sobre esta máxima: Polacco, en los *Studi per Brugi*, páginas 713 y siguientes.

(2) Esto es cierto aun con respecto al condenado a presidio, no obstante carecer de la facultad de testar (Código penal, art. 33); ello implica el que la sucesión sólo pueda abrirse *ab intestato*, pero se abre siempre en el momento de la muerte del condenado.

(3) Salvo las disposiciones excepcionales relativas a los desaparecidos en guerra, recordadas en el lugar oportuno del vol. I.

no de un patrimonio que deja de tener titular y en la adquisición se aprecia exclusivamente el hecho de subentrar un titular nuevo en el lugar del primitivo, la delación significa que hay un llamado por la ley o por testamento que puede adquirir la herencia. Para esculpir el concepto de delación, podemos repetir con las fuentes romanas: *delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi* (1). Crea un derecho en favor de aquel en quien recae la delación, el llamado *ius delationis*, cuyo contenido es una facultad alternativa de hacer propia la herencia del difunto o de rechazarla mediante la renuncia. Esta facultad, como cualquiera otro derecho, entra a formar parte del patrimonio de su titular, pudiendo ser transmitido de éste a otros cuando no tenga carácter estrictamente personal.

Así como para la apertura de la sucesión se requiere necesariamente la muerte del de *cuius*, para la delación precisa que el llamado sobreviva al difunto. Esta supervivencia se da aun cuando el llamado viva un instante tan solo después de la muerte del autor, lo que implica, de una parte, la necesidad de que el llamado viviese ya (aunque fuese con vida intrauterina) al morir el causante, y, de otra, de que conste la vida y la supervivencia del llamado. No podrá, por tanto, suceder quien premuera al de *cuius* (art. 890) o quien sobrevenga a éste sin haber sido ni siquiera concebido al tiempo de la apertura de la sucesión (artículo 724) (2); no puede suceder el ausente, porque no consta su vida ni su muerte, y, por tanto, no puede saberse si sobrevivió o no al de *cuius*; por esto la herencia a que es llamado el ausente se atribuye a los demás que por testamento o por ley tenían derecho a concurrir con él o a quien tiene derecho a suceder en defecto del ausente (art. 43); no puede suceder tampoco el comoriente, o sea, quien murió simultáneamente al de *cuius*, y, por lógica necesidad, quien hubiere perecido en un mismo infortunio con el de *cuius* (en un sistema que, como el nuestro, no admita

(1) Fr. 151, D. 50, 16.

(2) Debe estimarse excepcional la disposición del art. 764 que permite llamar a una herencia a los hijos de una persona viva al tiempo de la muerte del testador, aunque no estén todavía concebidos.

presunciones de premoriencia), de modo que no se pueda probar que uno de ellos premurió al otro (art. 924) (1).

Adquisición de la herencia es, finalmente, un hecho que consiste en subentrar el heredero en el lugar del difunto y en la asunción de parte de aquél de todas las relaciones jurídicas de éste; la herencia abierta y atribuída a determinada persona pasa a ser propiedad de ésta, es decir, la adquiere directamente y por disposición de la ley (adquisición *ipso iure*) o a consecuencia de una declaración de voluntad suya, a la cual se equipara la conducta del llamado que se comporte respecto a la herencia como tal heredero (*pro herede gestio*). Las dos últimas formas o causas de adquisición dependen, como se ve, de la voluntad del llamado, quien, ejercitando el derecho derivado de la delación, acepta expresa o tácitamente la herencia; la primera excluye que para que haya adquisición precisa una declaración de quien tiene el *ius delationis*, pues tal adquisición tiene lugar por virtud de la ley, y como, por otra parte, la adquisición no puede operarse contra la voluntad del llamado, sólo procederá una declaración de éste para repudiar la adquisición.

A estos tres conceptos—apertura, delación y adquisición—pueden corresponder momentos diversos en el tiempo, como pueden aquéllos también tener lugar en un solo momento. El que correspondan o no tales momentos depende del sistema positivo en que se estudie el fenómeno de la sucesión *mortis causa* y dentro de cada sistema de la teoría que se siga respecto a la posibilidad de delaciones sucesivas, de la adquisición *ipso iure* o mediante aceptación, etc. En el Derecho civil italiano creemos

(1) Este precepto admite, pues, la prueba contraria, y por ello cuando resulte probado que de dos víctimas del mismo infortunio, murió primero el *de cuius*, la herencia vendrá atribuída al llamado, ya que éste sobrevivió a aquél. Tal precepto no constituye, como se sabe, una verdadera presunción; su objeto es excluir las presunciones de premoriencia. En cambio, es verdadera presunción de premoriencia la del art. 6.º del Decreto de 17 de Enero de 1905 relativo a los percidos en el terremoto calabro siciliano, presunción que no tolera la prueba contraria, de modo que la sucesión de uno a otro queda excluída, aun cuando constase que éste murió después que aquél.

que tales conceptos se comprenden en un solo momento, que es el de la muerte del de *cuius*; con la muerte la sucesión se abre, y simultáneamente la herencia se atribuye al llamado y se adquiere por éste. Quien, por el contrario, admita la posibilidad de delaciones sucesivas y la necesidad de la aceptación para que la adquisición se opere, deberá separar el momento de la adquisición del de la delación, y, en el caso de delación sucesiva, el momento en que ésta tiene lugar del de la apertura de la sucesión. Respecto al Derecho romano, no se puede negar que en él hay siempre separación de los momentos de adquisición y delación, porque para la adquisición se requería la aceptación del heredero (*aditio* o *gestio proherede*), salvo el caso del *heres suus et necessarius*, en el que adquisición y delación coincidían, porque la adquisición en esta hipótesis se operaba *ipso iure*.

Estudiando ahora con más detenimiento el fenómeno de la delación, se plantea el problema de determinar si ésta es única, aun cuando varias personas sean llamadas a heredar sucesivamente, o si, en tal caso, deberá estimarse la existencia de sucesivas delaciones. El hecho se produce tanto en la sucesión legítima cuanto en la testamentaria; pero así como en la primera son llamadas por la ley varias personas por orden sucesivo, de modo que el orden de los primeramente llamados excluya el siguiente, el cual sólo entra en defecto del orden precedente, así también en la sucesión testamentaria el testador puede sustituir al heredero instituído por otro heredero, el segundo por un tercero, etc. Subsistiendo el orden de los primeramente llamados, si luego falta por renuncia o indignidad, o si falta el heredero instituído, la sucesión se atribuye al orden siguiente o al sustituto. Por esta posibilidad de que un orden subentre en el lugar del otro o de que el sustituto ocupe el puesto del sustituído, algunos autores, hablando de delaciones sucesivas, es decir, de delaciones distintas que subsiguen unas a otras en el tiempo, aun cuando todas deban referirse a un momento: el de la apertura de la sucesión, lo que significa que, quien sea llamado posteriormente a otro, por ejemplo, después de la renuncia de éste, se reputa

como efectivamente llamado e investido del derecho hereditario desde la apertura de la sucesión.

Pero esta necesidad de atribuir efecto retroactivo a los llamamientos sucesivos persuade de que la delación es única y no plural y sucesiva. Comprende a todos los llamados a suceder de todos los órdenes y grados en la sucesión *ab intestato*, a todos los instituídos y sustitutos en la testamentaria; a todos ellos inviste virtualmente del derecho hereditario. Pero no siendo posible que el orden posterior o el sustituto adquieran efectivamente la herencia; habiendo un orden anterior o un instituído, puede ocurrir que medie entre la apertura de la sucesión y la vocación efectiva el intervalo de tiempo que precise para comprobar la falta del orden anterior o del instituído; este intervalo se estima, sin embargo, como no transcurrido, del mismo modo que se reputa no ocurrida la vocación de los primeramente llamados. En otros términos, la vocación de los segundos es una vocación condicionada a la sobrevenida falta de los primeros. Así que cuando la condición se cumpla (es indiferente el momento en que tal cumplimiento resulte acreditado), el llamado del orden siguiente o sucesivo se reputa heredero desde el instante en que se abrió la sucesión. Así deben interpretarse el art. 721, relativo a la sucesión legítima, y el 895, referente a la testamentaria. Lo mismo debe decirse de las relaciones entre delación testamentaria y la legítima cuando a la primera sustituya la segunda, por faltar en todo o en parte los herederos testamentarios (art. 720). La delación es, pues, única en cuanto al momento en que tiene lugar, y única también cuando concurren delaciones diversas en cuanto a la causa, es decir, legítima o testamentaria.

Cuestión muy distinta es si la delación es transmisible, es decir, si la facultad que confiere a su titular de aceptar o repudiar una herencia puede ser transmitida al heredero propio, de modo que a éste se transfiera idéntica facultad de aceptar o repudiar. La solución del problema en todo ordenamiento positivo sólo puede ser dada por el carácter que al *ius delationis* se atribuya; cuando se atribuya a este derecho naturaleza estrictamente personal se debe aceptar su inidoneidad para la transmisión,

y cuando no le sea reconocido tal carácter habrá que aceptar su transmisibilidad.

El Derecho romano lo estimó un derecho personal, y, por tanto, intransmisible; sin embargo, se admitieron primero excepciones que limitaron el principio de la intransmisibilidad, y, por último, llegaron a aumentar éste, si bien formalmente no fuera jamás negado.

Las dos más notables fueron la *transmissio Theodosiana* (1) (o *ex iure sanguinis*), por virtud de la cual, si alguien instituía heredero a su descendiente y éste muriese antes de la apertura del testamento, el *ius delationis* se transmitía a los herederos y descendientes del instituido; la *transmissio Iustiniana* (2) (o *ex iure deliberandi*), por la cual el llamado a una herencia, si moría antes de haber transcurrido un año desde la noticia de que tuvo lugar la delación sin haber aceptado o repudiado, transmitía a sus propios herederos la facultad de aceptar o repudiar dentro del tiempo que faltase para completar el año.

De esta última excepción, de alcance tan amplio que casi anulaba la regla, puede decirse que partió nuestro Derecho civil, el cual reconoce un principio opuesto.

El art. 939, refiriéndose a toda sucesión y a toda clase de heredero, declara: «Aquel a cuyo favor se abriese una sucesión, si muriese sin haberla aceptado expresa o tácitamente, transmite

(1) Fué llamada así por haber sido introducida por Teodosio II y Valentiniano el año 450 con la C. n. C. 6. 52; «*Per hanc iubemus sanctionem in posterum filios seu filias nepotes aut neptis, pronepotes aut proneptes a patre vel a matre avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint institui et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes sive ignoraverint, in liberos suos cuius cumque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere...*».

(2) Introducida por Justiniano en el año 529, con la C. 19, c. 630: «*Sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit vel hoc quidem non fecerit non tamen successionem renuntiaverit ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit praedictum arbitrium, in successionem suam transmittat ita damen, ut unius anni spatii eadem transmissio fuerit conclusa*».

a sus herederos el derecho de aceptarla». El *ius delationis* ha perdido su originario carácter personal; este derecho forma parte del patrimonio de su titular, y con este patrimonio pasa a aquéllos, que como sucesores universales lo recogen. Pero precisamente porque integra el patrimonio se entiende que el heredero del llamado no puede hacer propia la herencia atribuída a este último si no acepta la herencia del llamado; en otros términos, el heredero de quien muere sin haber aceptado, no puede aceptar la primera herencia si no es como heredero del llamado, ni aceptar aquélla y rechazar la herencia personal del transmitente. La inversa, en cambio, es perfectamente posible; el heredero del transmitente, al aceptar la herencia, halla en ésta también el *ius delationis*, es decir, la facultad de aceptar o repudiar la herencia atribuída al propio transmitente; puede en el ejercicio de esta facultad repudiar la primera, aceptando la segunda.

Ambas hipótesis se hallan previstas en el art. 941: «Los herederos que aceptasen la herencia propia del transmitente, pueden renunciar a la herencia a éste atribuída que no hubiere sido aún aceptada por dicho transmitente; en cambio, la renuncia a la herencia propia del transmitente implica la de la herencia atribuída a éste». Pero el Código prevé también la posibilidad de que los herederos del transmitente sean varios y no se pongan de acuerdo respecto a si debe aceptarse o no la herencia a aquél atribuída; el conflicto, en tal caso, se resuelve autorizando incluso a uno solo de dichos herederos a aceptarla (otros Códigos, como el francés, (art. 782), exigen la aceptación de todos, con beneficio de inventario, recayendo en el aceptante solamente las cargas hereditarias y haciendo exclusivas del aceptante también las ventajas (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—La apertura de la sucesión de una persona se verifica en el momento de su muerte (art. 657) produciendo análogos efectos la presunción de muerte, declarada por sentencia firme (artículo 193); bien que en este caso la adquisición definitiva de los bienes del ausente cuya muerte se presume, está condicionada a la no reclamación de aquéllos por éste o sus causahabientes antes de transcurrir el plazo de prescripción (art. 194).

En el mismo momento de la muerte, nace en el heredero el derecho a la herencia (art. 661), siempre que sobrevivan al causante, porque si mueren no se verifica transmisión de derechos entre ellos (art. 33), y al

§ 127.—*Adquisición, aceptación y renuncia de la herencia*

Brugi, *Ist.*, §§ 108, 111; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 500; Chironi, *Ist.*, II, §§ 441, 444; Filomusi, *Dir. cred.*, I, §§ 14, 15; Zachariae, *Man.*, IV, § 600, 619-624; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 609-614; Planiol, *Traité*, III, números 1.026 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 594-602.

Adquisición.—En un sistema en que la herencia se adquiere *ipso iure*, merced a la delación y en el momento en que ésta tiene lugar, no debiera hablarse de aceptación de la herencia y sí más bien de renuncia cuando con la adquisición *ipso iure* se acepte (como lo acepta nuestro Derecho) el principio de que nadie puede contra su voluntad ser heredero (1) y el de que no hay *heredes necessari* en la acepción romana. Sin embargo, como ya se ha visto en diversas ocasiones, la ley habla de una facultad del heredero de aceptar o de repudiar la herencia, y dicta normas, no sólo para la renuncia (artículos 944-954), si que también para la aceptación (929-943), declarando que la facultad de aceptar prescribe por el transcurso de treinta años (art. 943), y admitiendo la posibilidad de que una herencia quede durante largo tiempo sin titular. Este lenguaje del Código y los precedentes históricos de los que deriva el sistema actual han provocado graves incertidumbres y discusiones sobre el momento y modo de adquisición de la herencia, que han dividido a los autores afiliados a diversas teorías. Examinaremos éstas para justificar cuanto dijimos, a saber, que la adquisición se produce *ipso iure* con el hecho y en el momento de la *delatio*.

momento de la apertura de la sucesión se refieren los efectos de la aceptación o repudiación (art. 989), transmitiendo el heredero o legatario estos derechos a sus herederos, si no hubiese aceptado o repudiado la herencia (art. 1.006).

(1) El principio recogido en el dicho francés *n'est héritier qui ne veut* fué expresamente aceptado por el art. 775 del Código napoleónico «*Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui échue*». Nuestro Código, a diferencia de algunos de los antiguos Códigos italianos que repetían tal declaración, la ha omitido como inútil, considerándola implícita en el concepto de la sucesión por la necesidad de la aceptación como acto confirmatorio de la adquisición hereditaria, según se explica en el texto.

El sistema de nuestra ley es el resultado de la fusión de elementos y conceptos romanos con elementos germánicos, no siempre armónica. Es un organismo complejo e incluso complicado, en el que chocan principios opuestos.

El Derecho romano partía del concepto de que la herencia no se adquiere si no es mediante aceptación (*aditio* o *pro herede gestio*). La adición es declaración de voluntad, que implica obligación y responsabilidad, que exige capacidad de obrar, que no tolera términos ni condiciones; no se da un plazo para realizarla, a no ser que, a instancia de los acreedores o de otros interesados, fije el Magistrado un *spatium deliberandi* para hacer cesar la incertidumbre que rodea a la herencia. Todo esto es aplicable a los herederos extraños o voluntarios; respecto a los *necessarii*, sean o no *sui*, la adquisición tiene lugar *ipso iure* sin necesidad de declaración alguna necesariamente, es decir, incluso contra su voluntad. Una renuncia no es posible en este caso; sólo se les concede (no a todos ellos, sino solamente a la categoría de los *heredes sui et necessarii*) el poder abstenerse de la herencia para no responder del pasivo hereditario; pero el *beneficium abstinendi* produce meros efectos patrimoniales, hace al heredero extraño al patrimonio del difunto, pero no le priva de la condición hereditaria. Al lado de estos principios de la *hereditas* (herencia civil) hay que recordar el que rige para la *bonorum possessio* (herencia pretoria), por virtud del cual el sucesor (que no es heredero y sí *heredis loco*) obtiene del pretor la posesión de los bienes hereditarios, introduciéndose de este modo un nuevo elemento: la autorización del Magistrado, previa instancia dirigida al mismo.

Muy distintos son, en cambio, los principios y normas germánicas. Según los Derechos germánico medieval y consuetudinario francés, que se inspira directamente en el anterior, sólo hay herederos de sangre, y ello por la idea de que sólo Dios crea herederos (*solus Deus facit heredem*); todos los demás son legatarios. Sólo a los herederos legítimos, es decir, a los de sangre, se transmite la herencia *ipso iure*, sin necesidad de adición ni de autorización judicial. Pero no solamente se adquiere *ipso iure* la

propiedad: la posesión de los bienes hereditarios le es transferida inmediatamente con la apertura de la sucesión, sin que se requiera aprehensión material de aquéllos. La idea base es la de la *saisine*, institución de origen germánico, que reproduce la *Gewere*; *saisine* representa, en general, una relación posesoria legalizada, a la que no corresponde una relación de hecho con la cosa; es un derecho a poseer, una facultad de poseer la cosa en quien carece aun de la física disponibilidad de la misma. Aplicada a la herencia, la *saisine* hereditaria es el derecho correspondiente a los herederos de poseer las cosas hereditarias. El principio que impera en el derecho medieval es el de que no sólo el dominio, si que también el derecho a la posesión es adquirido inmediatamente por el heredero, el cual queda investido sin más de la posesión, y reputándose, como se reputa, poseedor, aun no teniendo la posesión de hecho, puede ejercitar para proteger sus derechos acciones posesorias. La máxima que expresa esto, formulada de modo especial en las costumbres de Orleans y de París, es «*le mort saisit le vif*», «*mortuus facit possessorem vivum sine ulla adprehensione*» (1).

Con tales precedentes se enlaza el Código francés y la disposición del art. 724, que reproduce la antigua *saisine* medieval. Sentado que para el Derecho francés el testamento no crea nunca herederos y sí solamente legatarios y que sólo en la sucesión *ab intestato* puede haber herederos, deben distinguirse en esta sucesión dos grupos distintos: el de los herederos legítimos (*he-*

(1) El concepto y orígenes de la *saisine*, así como sus relaciones con la *Gewere*, ha suscitado y suscita aún hoy, vivas discusiones entre los historiadores de los Derechos francés y alemán. De la bibliografía tan abundante sobre esta materia véase Rigaut, *De la saisine hereditaire d'après le dr. civ. fr.* (*Rev. Foelix*, IX, páginas 35. 777. 791 y siguientes; Simonet, *Hist. et théorie de la saisine hered.*, París, 1851; Renaud, *Die franz. Rechtsregel «le mort saisit le vif» aus ihrer germ. Grundlage* (*Zeitschr. f. R. W. und Gesetzgeb.*, XIX, páginas 99. 279. 375 y siguientes, XX, páginas 55 y siguientes); Thiercelin, *De la saisine hereditaire dans l'ancien dr. fr.* (*Rev. crit.*, XXXVII, páginas 80 y siguientes); Klimrath, *Etude hist. sur la saisine*, 1843. Sobre la *Gewere* véase Heusler, *Die Gewere*, 1872; Le Fort, *Nouvelles recherches sur la saisine* (*Nouv. rev. hist.*, 1817, páginas 345 y siguientes); Naendrup, *Die Geweretheorien*, Münster, 1910.

ritiers legitimes), que son los parientes legítimos del difunto, y los sucesores irregulares (*successeurs irreguliers*), que son todos los llamados por la ley, es decir, el cónyuge, los parientes naturales y el Estado. Herederos propiamente dichos solamente son los primeros, es decir, los parientes legítimos; a ellos y a éstos corresponde solamente la *saisine* hereditaria; los sucesores irregulares deben, en cambio, solicitar que le sea judicialmente otorgada la posesión. Reproduciendo la regla de la *Coûtume*, de París (*Le mort saisit le vif son hoir plus proche est habile à succéder*), el art. 724 dispone: «Les heritiers sont saisis de plein droit, des biens, droits et actions du defunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession; les enfants naturels, l'epoux survivant et l'Etat doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes qui seront déterminées» (1).

El Código francés admite, pues, la adquisición *ipso iure* de la herencia por el heredero de sangre, y no solamente la adquisición de la posesión, si que también de la propiedad de los bienes hereditarios, ya sea la causa de dicha adquisición la *saisine* y el art. 724, ya el principio establecido por el art. 711. La adquisición *ipso iure* implica las dos siguientes consecuencias: a), que la posesión y la propiedad se transmiten al heredero sin necesidad de aceptación; b), que muerto el heredero antes de haber aceptado, se transmite la herencia a sus sucesores.

El principio del Derecho francés (según la opinión más autorizada) pasó al Código italiano, y pasó sin que fuese limitado a un solo grupo de herederos, pues para nuestra ley, la posición de los herederos legítimos es igual a la de los testamentarios. La herencia se adquiere *ipso iure*. Y, en efecto, el art. 925 lo declara de modo expreso refiriéndose a la posesión: «La posesión de los bienes del difunto pasa de derecho a la persona del heredero sin necesidad de material aprehensión»; respecto al dominio, es la tradición histórica la que lleva a admitir su adquisición *ipso*

(1) Adviértase que una ley de 25 de Marzo de 1896 para mejorar la condición de los parientes naturales, ha modificado el artículo y atribuido la *saisine* a los herederos naturales (hijos, padre y madre naturales), equiparando éstos a los herederos legítimos; por eso actualmente son sucesores irregulares tan sólo el cónyuge y el Estado.

iure; no es creíble que el legislador se desviase en esto del modelo francés, admitiendo la adquisición *ipso iure* de la posesión y rechazando lo del dominio. No puede, por tanto, aceptarse la teoría que distingue entre propiedad y posesión, estimando sólo ésta adquirida *ipso iure* y exigiendo para aquélla la aceptación, ni la que exige la aceptación en orden a la posesión y a la propiedad, a la cual se opone abiertamente el art. 925 (1).

Hay que reconocer que tal discusión tiene más carácter teórico que importancia práctica, pues substancialmente, por las normas del Código, que regulan la aceptación y la renuncia, la regulación de la relación sucesoria es idéntica, sea cualquiera la teoría que se adopte.

Donde la importancia práctica de la adquisición *ipso iure* se pone de manifiesto es en lo que se refiere a la posesión, pues adquiriéndose ésta de pleno derecho y sin necesidad de aprehensión material, el heredero queda sin más investido de la facultad de ejercitar las acciones posesorias, reputándose despojado de hecho si otro que pretenda tener un derecho sobre los bienes de la herencia entra en posesión de los mismos (art. 926).

Adviértase que la posesión de derecho no corresponde al hijo natural que concorra con un hijo legítimo; debe exigir de éste que le confiera la posesión de la porción de la herencia a que tiene derecho.

Aceptación.—Si, como ya dijimos, resulta lógicamente contradictorio que una herencia se adquiera por virtud de la ley y que para adquirirla precisa al mismo tiempo una declaración de voluntad del heredero, la contradicción desaparece si a la adquisición *ipso iure* y a la aceptación se da el significado propio que la ley les atribuye. Fijado el principio fundamental (aunque no esté declarado expresamente) (véase art. 775 del Código francés) de que heredero no es quien quiere, la adquisición producida por la delación no debe tener más efecto que el de sentar la presunción de la voluntad de adquirir en el heredero, y la acepta-

(1) Para un resumen de la discusión y para conocer los sustentadores de las distintas doctrinas, véase Venzi en Pacifici, *l. cit.*, VI, pág. 148, nota b.

ción a su vez no es más que la confirmación de tal presunción, es decir, la consolidación de la adquisición que tiene lugar por la ley, y cuyos efectos son por la aceptación definitivos e irrevocables.

La aceptación es, pues, un acto jurídico que no tiene el carácter propio de la *aditio* romana (1), porque no depende de ella la adquisición de la cualidad de heredero; no obstante, influye en la adquisición de la herencia, imprimiéndole carácter irrevocable.

Para bien comprender lo dicho, hay que tener presentes las disposiciones de los artículos 943, 950 y 951 del Código civil, así como lo que se dirá más adelante respecto a la renuncia de la herencia. El primero dispone que «la facultad de aceptar una herencia prescribe por el transcurso de treinta años»; presupone este artículo al heredero llamado e investido con la delación del título hereditario, de la posesión y propiedad de los bienes, debe aceptar para confirmar la adquisición, teniendo para ello un término útil de treinta años. La norma procede del art. 789 del Código francés; pero, al revés que éste, el nuestro no es ambiguo ni dudoso, pues mientras el Código francés, al disponer que la «facultad de aceptar o repudiar» una herencia no prescribe más que por el transcurso de treinta años, deja en duda si, transcurrido el treintenio, queda irrevocablemente confirmada la adquisición hereditaria (prescripción extintiva del derecho de repudiar) o irrevocablemente perdida la herencia para el llamado (prescripción extintiva del derecho de aceptar), cuestión que ha provocado vivas

Código italiano al no mencionar la facultad de repudiar atribuye al treintenio la exclusiva función de término extintivo de la facultad de aceptar; el heredero, silenciándose durante treinta años, destruye la adquisición operada por la ley y es considerado como un renunciante. La aceptación es, pues, un acto, el cual, una vez realizado, hace que la cualidad hereditaria se repute adquirida

(1) Sobre la aceptación en Derecho romano, véase Solazzi, *I modi di accettazione dell'eredita in dir. rom.* (en *Studi dell'istituto di esercit giur.*, París, 1919).

desde el tiempo de la delación y de modo irrevocable (eficacia retroactiva de la confirmación, art. 933, párr. 1.º), sin que pueda perderla quien fué investido de tal cualidad; no verificándose en el término de treinta años, se extingue la facultad de hacer propia la herencia, reputándose destruída la presunción en que se apoya la adquisición *ipso iure* (1), por la prolongada abstención del llamado a la herencia.

La prescripción comienza a correr desde el día de la apertura de la sucesión y corre para todos los llamados a ella.

Pero como el estado de incerteza durante el largo término concedido al heredero para aceptar puede perjudicar a los demás herederos llamados sucesivamente y a los acreedores, la ley concede a los interesados una acción especial para obligar al llamado a que se pronuncie en uno u otro sentido dentro del término al efecto señalado por el Juez; transcurrido dicho término, la herencia se reputa repudiada (art. 951).

De esto se deduce la consecuencia de que el término corre para los llamados del orden sucesivo simultáneamente, es decir, desde el día de la apertura de la sucesión. El admitirse que para cada uno de los llamados sucesivamente deba transcurrir un treintenio para que el ulterior llamado pueda tomar partido, es un inconveniente que el legislador quiso evitar ofreciendo con la disposición citada el medio de obligar a los llamados anteriormente a que declaren, dentro de un término breve, si aceptan o renuncian la herencia.

Los principios que gobiernan esta aceptación son comunes en parte a otras especies de negocios, en parte especiales de aquélla. Como declaración de voluntad que entraña a menudo graves responsabilidades, requiere plena capacidad el declarante; por tanto, si el llamado es un menor o un interdictado, la aceptación sólo podrá hacerse por su padre o tutor (artículos 930, 226, 296); si se trata de un mayor inhabilitado o de un menor

(1) Sobre la interpretación del art. 943 y algunas cuestiones a que éste puede dar lugar: Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 545, n. a; Gabba: *Intorno alla prescrizione del dir. di accettare la eredità* (en *Quest. di dir. civ.*, II, páginas 80 y siguientes).

emancipado, precisa la asistencia de un curador (artículos 931 y 317); si se trata de una persona jurídica, precisa la especial autorización del Gobierno (art. 932 y ley de 5 de Junio de 1850) que completa en tal caso la voluntad del representante de la persona jurídica.

La voluntad debe estar libre de vicios, pero los vicios que pueden dar lugar a impugnación son la violencia y el dolo, nunca el error (art. 942). Tampoco puede impugnarse la aceptación por causa de lesión (art. 942, párr. 1.º), porque concediéndose al heredero no solamente un amplio término para deliberar, si que también el medio de evitar los perjuicios de una herencia pasiva por la aceptación con beneficio de inventario, cualquiera queja que tardíamente formule es ineficaz. Sin embargo, si se descubre un testamento del que no se tenía noticia al tiempo de la aceptación, el heredero que aceptó ignorando la existencia de tal testamento en el que es llamado también a heredar, no está obligado a satisfacer los legados que sobrepasen el valor de la herencia, conservando la porción legítima que le sea debida (artículo 942, párr. 2.º).

Sólo puede aceptar quien sea actualmente llamado; los llamados sucesivos no pueden aceptar antes de que la herencia les sea efectivamente, no virtualmente atribuída. No puede sujetarse la aceptación a términos o condiciones; con la aceptación son incompatibles la condición suspensiva y la resolutoria, pues una vez adquirida la condición de heredero no se pierde ya (*semel heres semper heres*), y la aceptación es irrevocable. No puede hacerse parcialmente y debe comprender toda la herencia o una cuota de ésta; no es posible una representación del difunto fraccionada a capricho del heredero.

Deben distinguirse varias especies de aceptación: unas se refieren a la forma de la declaración, otras a los efectos de la misma.

a) En cuanto a la forma, la aceptación puede ser expresa o tácita (art. 934, párr. 1.º). *Expresa* es no solamente cuando el heredero declara explícitamente querer aceptar la herencia, también lo es cuando asuma el título o la cualidad de heredero en

documento público o escritura privada (art. 934, párr. 1.º). En la primera hipótesis precisa también la escritura; trátase, de un acto para el cual exige la ley madura ponderación en quien lo realiza por razón de las responsabilidades que del mismo derivan, de un acto solemne en que la forma es requisito sustantivo. *Tácita* es la aceptación cuando el heredero ejecuta actos que suponen necesariamente en él voluntad de aceptar la herencia; actos que pueden solamente ser realizados a título de heredero (art. 934, párr. 2.º). Figuran en tal categoría todos los actos que implican una *gestio pro herede*, incumbiendo al Juez valorar el alcance de los mismos para determinar si la conducta, con relación a la herencia, implica la intención de hacerla propia o voluntad tan sólo de cuidar o administrar ajenos intereses. Para resolver antiguas controversias, para dar al intérprete una guía en esta sutil investigación, la ley, por vía ejemplificativa, declara: α), que tienen valor de aceptación la donación, la renta o la cesión que uno de los coherederos haga de sus derechos de sucesión a un extraño, a sus coherederos o algunos de ellos (art. 936); la renuncia hecha, incluso gratuitamente, por uno de los herederos en provecho de uno o algunos de sus coherederos, o la hecha en provecho de todos éstos cuando por tal renuncia recibe un precio (art. 937); β), que no implica, en cambio, aceptación la renuncia hecha gratuitamente por un coheredero en favor de todos los coherederos legítimos o testamentarios a quienes se habría atribuido la porción del renunciante en su defecto (artículo 938); los actos meramente conservativos de vigilancia y administración temporal cuando con los mismos no se asuma el título o la cualidad de heredero (art. 935); a éstos deben equipararse los actos de piedad o de respeto relativos al difunto (1).

b) En cuanto a los efectos de aceptación, puede ser pura y simple o con beneficio de inventario (art. 929). El principio ge-

(1) Sobre el valor que puedan tener otros actos, como la denuncia de la sucesión, el pago de las deudas hereditarias para inducir de ellos la voluntad de aceptar o no aceptar, véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, página 553, n. e.

neral es que con la aceptación se produce una confusión del patrimonio del difunto con el del heredero, de modo que éste queda obligado por todo el pasivo dejado por aquél, aun cuando exceda del haber de la herencia, debe, pues, responder con el patrimonio propio. La aceptación *pura y simple* produce el efecto predicho, que es la normal consecuencia de la sucesión universal. Pero la ley concede al heredero un medio de evitar la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires hereditarias*; este medio es la aceptación con *beneficio de inventario* que libra al heredero que ignora la efectiva cuantía patrimonial del haz hereditario de la dura alternativa de renunciar a la herencia o de estar a las consecuencias de la confusión, y que confiere, en cambio, al heredero que conoce la insuficiencia de los bienes hereditarios la facultad de rechazar la acción de los acreedores sobre sus personales bienes.

Ahora bien, así como todos en general pueden aceptar pura y simplemente, así también todos pueden invocar el aludido beneficio legal. Hay herederos para los que la aceptación con beneficio de inventario es obligatoria, estándoles prohibido aceptar pura y simplemente: así los menores e interdictados (artículo 930), los inhabilitados (art. 921), las personas morales y especialmente el Estado (art. 932). La ley tiende de este modo a impedir que personas no completamente capaces o personas morales que tienen casi siempre funciones públicas y sociales, asuman, arrastradas por sus representantes, responsabilidades que pueden ser gravísimas. Se inspira en la misma idea de protección contra los riesgos de la herencia pasiva el otro precepto según el que, habiendo varios herederos y disenso entre los mismos sobre si procede la aceptación pura y simple o con beneficio de inventario, será prevalente la voluntad del heredero que invoque tal beneficio (art. 958); la herencia debe (1) en tal caso aceptarse

(1) La opinión contraria de algún autor de que la herencia pueda aceptarse por unos, con beneficio de inventario, y por otros, pura y simplemente; es contraria al texto de la ley; véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, página 567, n. n.

con el beneficio, siendo suficiente que se haga para ello la pertinente declaración (1).

Renuncia.—Si la herencia se adquiere *ipso iure* y la aceptación confirma la adquisición ya realizada, renuncia habrá de ser forzosamente la cesación de la condición de heredero y pérdida voluntaria de la adquisición aún no confirmada. En efecto, la confirmación, es decir, la aceptación no siendo, como no es, revocable, impide la renuncia que en este caso equivaldría a la revocación de la aceptación ya hecha. La recíproca no es cierta, en cambio, y la renuncia puede ser revocada por quien la hizo; esto significa que quien ha renunciado puede aceptar aún a condición de que la facultad de aceptar no haya prescrito y de que no hayan aceptado otros herederos, respetando en todo caso los derechos adquiridos por los terceros sobre los bienes de la herencia, ya sea por efecto de la prescripción, ya en virtud de los actos válidamente realizados por el curador de la herencia yacente (art. 950).

Para esta revocación se halla facultado el heredero frente a otro heredero llamado conjuntamente con él o después que él; antes bien, en el caso de varios herederos llamados conjuntamente, cada uno de los llamados y aun todos sucesivamente pueden revocar la renuncia; también está facultado para revocar el heredero del renunciante a condición de que no hubiere otro llamado conjunta o sucesivamente que hubiere aceptado (2).

La renuncia en general no es abdicación de la cualidad de heredero y sí acto de rehusar la causa especial de adquisición que la sucesión es. Se explica así porque, por ejemplo, quien es llamado por la ley o por testamento, puede renunciar al llamamiento testamentario (que puede ser más gravoso por haber le-

(1) Las otras reglas relativas al beneficio de inventario se expondrán más adelante (§ 130).

(2) Se discuten los efectos que produce frente a los donatarios y legatarios la renuncia hecha por el legitimario: se discute si el legitimario renunciante que hubiere revocado la renuncia, puede exigir contra los donatarios y legatarios reducción de sus derechos para completar la legítima; *Vitale en Studi per Chironi*, I, y *Atzeri-Vacca, Delle rinunzie*, páginas 730 y siguientes.

gados) y aceptar como heredero legítimo, y porque quien renuncia a la condición de heredero no pierde por ello el derecho a los legados.

Es, pues, un acto jurídico que exige plena capacidad en quien emite la declaración y una voluntad libre de vicios; los tres vicios de dolo, violencia, error, podrían ser incocados para conseguir su anulación. Pero la declaración—diversamente de lo que ocurre en orden a la aceptación—sólo puede verificarse de modo o forma expresa; la forma es solemne porque la ley exige que la declaración se emita en la Cancillería de la pretura en cuyo distrito la sucesión se hubiere abierto y que se haga constar en un registro especial (art. 944, párr. 1.º).

Modos tácitos de renuncia, excepción hecha del caso excepcional previsto en el art. 951, no admite la ley; tal es el significado del art. 944: «la renuncia de la ley no se presume»; se habla impropriamente de presunción para expresar el concepto de renuncia deducida de hechos concluyentes, es decir, de la tácita (1).

Puede renunciar todo heredero que no hubiere aún aceptado y cuyo derecho no hubiere caducado. Pierde su derecho el llamado que tenga la posesión de los bienes hereditarios, si, transcurridos tres meses, a contar desde la apertura de la sucesión o desde que tuvo noticia de haberle sido atribuída la herencia no cumple los preceptos concernientes al beneficio de inventario (artículo 952); pierde también su derecho quien hubiere sustraído u ocultado efectos pertenecientes a la herencia (art. 953): la consecuencia que para ambos se produce es la de reputarse los dos, herederos puros y simples, responsables, por tanto, *ultra vires*.

(1) Otro caso de renuncia tácita, aunque con efectos limitados, puede darse en el caso previsto por el art. 938: Si uno de los herederos renuncia gratuitamente en favor de los coherederos legítimos o testamentarios, a los que se atribuiría la porción de aquél si faltase la convención por la que tal renuncia se estipule, tiene plenos efectos aunque no se haya hecho en forma solemne: los efectos se limitan, sin embargo, a las relaciones entre las partes; Filomusi-Guelfi, *Successioni*, núm. 95 (en *Dig. it.*).

El efecto de la renuncia es que el renunciante se considera como si no hubiere jamás sido llamado a la herencia (art. 945, párrafo 1.º). Se produce, por tanto, una adquisición en favor de otros llamados: en la sucesión legítima (art. 946), la parte del renunciante acrece a sus coherederos, y si no los hubiere, la sucesión pasa al grado subsiguiente, adquiriéndola los llamados sucesivamente, por derecho propio, nunca por derecho de representación (art. 947); en la testamentaria (art. 948) acrece a los coherederos que hubieren sido llamados conjuntamente en un mismo testamento y por una sola y misma disposición de voluntad, sin que el testador hubiere hecho distribución de partes entre los llamados (art. 880); si no hubiere lugar al derecho de acrecer se atribuye a los herederos legítimos.

La renuncia del llamado puede causar perjuicio a los acreedores, los cuales, por efecto de la no realizada adquisición, verían disminuída la garantía que para ellos representa el patrimonio de su deudor, la ley permite a tales acreedores recabar autorización judicial para aceptar la herencia a nombre y en lugar de su deudor (art. 949, párr. 1.º).

Se discute mucho cuál sea la naturaleza de este derecho otorgado a los acreedores; mientras algunos no ven en él más que un caso de aplicación de la acción subrogatoria (art. 1.234), otros lo estiman como un caso concreto de la pauliana (art. 1.235); la discusión no carece de importancia por ser distintos, como se sabe, los requisitos de tales acciones, sobre todo por la necesidad del elemento del fraude. Si se le atribuye el carácter de la pauliana, si se estima tal, la impugnación por los acreedores sólo procedería en el caso de probarse que la renuncia fué hecha en fraude de aquéllos. Que en la acción concedida por el art. 949 hay algo más que el supuesto normal de la subrogatoria, esto es, que la abstención o inactividad del deudor es algo que no puede negarse; hay desde luego un efecto revocatorio, pues los acreedores no se limitan a sustituir al deudor en el ejercicio de su derecho a aceptar la herencia, deben primeramente revocar la renuncia de tal deudor. Pero esto solo no basta a probar que se trata de una acción revocatoria, pues de reputarse tal habría de

exigirse el requisito de la intención fraudulenta en el renunciante, requisito excluido por la disposición legal que habla de simple perjuicio de los acreedores; podría a lo sumo justificarse la opinión de algunos autores que la reputan una acción de carácter intermedio entre las dos, un remedio especial del derecho hereditario (1). Pero tampoco esta solución parece aceptable; como ya dijimos, trátase de una acción subrogatoria sin que la desnaturalice la circunstancia absolutamente secundaria de que el omitido ejercicio de la facultad de aceptar se exteriorice aquí en un acto formal de renuncia.

El ejercicio de la acción que nos ocupa produce efectos limitados, como declara el párrafo 1.º del art. 945; la anulación de la renuncia aprovecha solamente a los acreedores, los cuales no devienen por este solo hecho herederos, quedando tan sólo autorizados a aceptar la herencia a nombre del deudor y hasta concurrencia de sus créditos, y pudiendo percibir el importe de éstos con el precio de los bienes hereditarios, pero debiendo en todo caso satisfacer previamente a los acreedores de la herencia y a los legatarios respetar siempre los derechos adquiridos de buena fe anteriormente a la revocación de la renuncia.

Una inesperada y deplorable (por la forma de verificarse) modificación de alguna de las normas expuestas y de principios fundamentales en materia de renuncia y de aceptación puede considerarse introducida durante la guerra por el art. 7.º del Decreto-ley de 21 de Abril de 1918, núm. 629, reformando la ley sobre derechos de registro (2), a no ser que se le atribuyan

(1) Así, por ejemplo, Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 563, n. 1., y con él otros. Una nota amplia y bien hecha de Venzi, la citada, resume todas las teorías y argumentos.

(2) Sobre esto llamó la atención de los civilistas (a quienes la transcendencia de la disposición escapó. ¿Quién iba a sospechar que por un Decreto-ley sobre derechos de registro y sobre tarifas postales se había de reformar el Código civil?). Coviello, *Le insidie fiscali e la successione dello Stato nella quota del rinunziante, secondo il d. legge 21 aprile 1918* (*Riv. dir. civ.*, XI, 1919, páginas 465 y siguientes), quien puso en evidencia la incongruencia del Decreto en el aspecto dogmático y aun en el práctico, y deploró que principios cardinales de nuestro Código, fueran solapadamente quebrantados o destruidos a pretexto de alcanzar fines fiscales.

meros efectos tributarios (I). Con el fin exclusivamente fiscal de aumentar los ingresos del Estado por las sucesiones, el legislador de guerra, después de haber limitado al sexto grado el parentesco que daba derecho a la sucesión legítima (como se verá más adelante), introdujo mediante dicho Decreto una nueva y singularísima disposición que quebrantó el sistema del Código. El art. 7.º, después de establecer que la renuncia pura y simple o a la herencia total o parcialmente activa, se considera (a los fines del registro) como liberalidad del renunciante hecha en favor de aquellos a quienes la renuncia aprovecha, añade que «transcurrido un año desde que tuvo lugar la apertura de la sucesión, si los coherederos o algunos de ellos no aceptaron la cuota o cuotas renunciadas, éstas serán atribuidas al Estado el cual concurrirá a la división de la herencia con los mismos derechos y deberes del renunciante». Con esto se priva de todo o gran parte de su valor a disposiciones del Código que contienen principios cardinales de nuestro sistema sucesorio; por ejemplo, al precepto por el que la parte de quien renuncia acrece de derecho en las sucesiones legítimas a sus coherederos, correspondiendo si no hubiere coherederos al grado subsiguiente, y en

Basta pensar que según este Decreto, si el legatario renuncia al legado, el Estado adquiere éste, si el heredero gravado con él, no declara dentro del año, contado desde la apertura de la sucesión que lo acepta; se exige que el heredero para quien el legado representa una deuda que debe pagar y para quien la renuncia del legatario la liberación de dicha deuda, declare que quiere aceptar el legado. o peor aún, pues que significando la renuncia extinción *ipso iure* de la deuda, se comete el absurdo de exigir que el heredero gravado declare que quiere tal extinción. Me asocio al voto del valioso colega de que cuanto antes se derogue tal precepto.

(1) Efectivamente, a consecuencia de las observaciones de Coviello, Meda, autor de la disposición, se apresuró a declarar que ésta tiene un carácter tributario, sin que se proponga en modo alguno, modificar normas del Código, y sí solamente, castigar de modo más enérgico los fraudes cometidos por los contribuyentes. Replicóle Coviello (*Riv. dir. civ.*, XII, 1920, páginas 144 y siguientes), demostrando que no obstante la intención contraria del legislador, el Código queda modificado de hecho. Lo más que cabe es desear que tal disposición se abrogue cuanto antes y que con otros medios que no afecten para nada al Derecho civil, consiga el Estado los fines fiscales a que tiende.

las sucesiones testamentarias acrece a los coherederos, y si no los hubiere se atribuye a los herederos legítimos (artículos 946, 948), requiriéndose, en cambio, por disposición tan calamitosa, una aceptación expresa; a la que fija en treinta años el plazo para ejercitar la facultad de aceptar una herencia (artículos 943-950), ya que el Decreto que comentamos señala el término brevísimo de un año desde la apertura de la sucesión, término que es de caducidad, no de prescripción, como lo era el treintenio del Código; a las referentes al derecho de acrecer (artículos 879, 887), restringiendo notablemente su esfera de aplicación.

Resulta extraño el fijar como plazo un año para que dentro de él el plazo llamado conjunta o sucesivamente haga la declaración de la aceptación; el año comienza a correr, no desde la fecha en que tuvo conocimiento de la renuncia, ni desde el momento en que ésta tuvo lugar (como hubiera sido lógico), sino desde el día en que ocurrió la apertura de la sucesión; lo cual puede conducir a suprimir el derecho de aceptación, si la renuncia ocurre en el último día de dicho término, de modo que no haya tiempo para que el otro llamado pueda aceptar. Más extraño es aún que, extendiéndose la nueva norma a los legados, se desconozca de una parte que el legado es un débito de la herencia y que el heredero gravado con él queda liberado por la renuncia al mismo hecha por el legatario (art. 886), porque con ella caduca la disposición (art. 891) de otra que también entre colegatarios puede darse el derecho de acrecer (artículo 884) y del tenor literal del Decreto parece deducirse que éste desconoce un derecho de acrecer entre legatarios (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—La adquisición de la herencia o la pérdida irrevocable de todo derecho a ella, dependen respectivamente de los hechos que entrañan la aceptación o la repudiación.

Ambos son actos voluntarios (art. 988), totales no sujetos a plazo ni condición (art. 990), irrevocables (art. 997) y su ejercicio se transmite a los herederos del facultado para realizarlos si falleciese (art. 1.006).

Para aceptar o repudiar una herencia se requiere en el heredero la libre disposición de sus bienes (art. 942), teniendo que suplirse las incapacidades con la concurrencia de los legítimos representantes (artículos 992, 995 y 996), salvo el sordomudo que sepa leer y escribir, que puede aceptar o repudiar la herencia por sí (art. 996).

La aceptación puede ser pura y simple o a beneficio de inventario (artículo 998), y la aceptación pura y simple puede hacerse expresa o tácita.

tamente (art. 999), entendiéndose aceptada tácitamente una herencia cuando el heredero realiza actos que suponen la voluntad de aceptar o que habría derecho a ejercitar sin la cualidad de heredero (art. 999, § 2.º), señaladamente por los enumerados en los artículos 1.000, 1.005, 1.018, 1.019 y 1.024.

Se exige documento público o privado en la aceptación expresa (artículo 999), y ha de ser forzosamente público si se acepta beneficio de inventario, aunque también puede aceptarse por declaración ante Juez competente (artículos 1.011 y 1.012).-

La repudiación se hará en documento público o auténtico o mediante declaración ante Juez competente art. 1.008).

Para evitar las actuaciones dañosas a la herencia, el heredero puede ser compelido a aceptarla o repudiarla en el plazo que le señale el Juez (artículos 1.004 y 1.005), y la repudiación hecha en perjuicio de los acreedores confiere derecho a éstos para aceptar la herencia en nombre del heredero previa la autorización judicial, aprovechándoles solamente hasta donde alcancen sus créditos (art. 1.001).

§ 128.—*La herencia yacente*

Brugi, *Ist.*, § 112; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 818; Chironi, *Ist.*, II, § 488; Filomusi, *Dir. cred.*, I, § 17; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 651-652; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 641. 642; Planiol, *Traité*, III, núm. 2.035; Windscheid, *Pand.*, III, § 531 (1).

Abierta la sucesión sin que el heredero hubiese aún aceptado, decían los romanos *hereditas iacet*; con esta frase se significaba la especial situación del patrimonio del difunto que privado de su antiguo titular esperaba uno nuevo que había de surgir con la *aditio*; con la correspondiente construcción jurídica se tendía a mantener la subsistencia y unión de los elementos patrimoniales de la herencia para reservar ésta íntegramente al destinatario de la misma.

La idea pasó al Derecho civil italiano; las finalidades que con ella persigue la ley son idénticas (artículos 980-983); son en cambio, absolutamente diversos los supuestos de la *yacencia*. Dado el principio de la adquisición *ipso iure* no se produce nunca discontinuidad o interrupción en la pertenencia de la herencia; la atribución señala sin más el momento de la adquisición, y como tal atribución se produce con la apertura de la sucesión, no hay intervalo entre la muerte y la adquisición. La *yacencia* se produce en nuestro Derecho cuando el heredero no es conocido o cuando los herederos testamentarios o legítimos, hubieren renunciado (art. 980).

Son, pues, dos los distintos casos de yacencia que admite la ley. El primero, cuando falta un testamento y no son conocidas las personas llamadas por la ley a la herencia o cuando haya un testamento cuya existencia se ignore. En las demás hipótesis la yacencia queda excluida por ser conocido el heredero; por regla general son conocidos: los herederos legítimos, el heredero ins-

(1) Jhering, *Die Lehre von der hereditas jacens* (en *Abhandl. aus röm. Recht*); Dworzack, *Zur Lehre von der jur. Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft*, Wien, 1863; Dusi, *La eredita giacente nel dir. rom. e mod.*, Turin, 1891; Scaduto, *Contrib. esegetico alla dottrina romana della eredita giacente* (*Annali sem. giur. della univ. di Palermo*, VIII, 1921).

tituído en testamento público y también los instituídos en los testamentos ológrafo y secreto a la publicación de éstos. El segundo caso se produce cuando los herederos todos, los primeramente llamados y los sucesivos, hayan renunciado, salvo el último llamado por la ley, que es el Estado. Esto no está declarado en el Código, pero se deduce lógicamente de los principios generales, admitir la situación de yacencia por la sola renuncia de los primeramente llamados, no es posible, ya que los llamados sucesivamente adquieren de derecho la herencia desde el momento de la relación, y pretender que en la serie de renunciantes figure también el Estado para que sea posible la yacencia, equivaldría a suprimir este segundo caso de situación yacente de la herencia, pues lo que habría más bien sería herencia vacante. Pueden haber otros de yacencia además de los recordados en el art. 980; por ejemplo, en la institución condicional y en la institución del nacedero o de persona aún no concebida o de persona jurídica que ha de fundarse.

La situación en que se halla el patrimonio que carece de titular actual (1) y la necesidad de conservar los derechos de quien deberá recogerlos o de los acreedores, implican la necesidad de que se nombre un curador de patrimonio a instancia de cualquiera interesado en la conservación de los bienes que integran éste o también de oficio; el nombramiento es hecho por el pretor del distrito en que la sucesión se abrió (art. 981). El curador deberá formar inventario de la herencia, ejercer los derechos, responder de las acciones dirigidas contra la herencia, administrar ésta, depositar en la Caja de depósitos judiciales las sumas que perciba, rendir cuentas, por último, de su administración a quienes corresponda (art. 982). A la formación de inventario, al modo de administrar y de rendir cuentas, se aplican las normas que rigen para el heredero que acepta con beneficio de inventario (artículos 983 y 995 del Código de proce-

(1) Para la construcción de la teoría de las relaciones jurídicas carentes de un titular actual, véase lo dicho en el vol. I, Ferrara, *Tratt. dir. civ.*, I, pág. 874; habla de patrimonio que espera el sujeto y comprende el caso en la categoría general de patrimonios en administración. Véase el trabajo de este autor en *Riv. dir. Comm.*, 1912, I, pág. 317.

dimiento civil, artículos 896 y 899). Precisar si el curador representa al difunto o al heredero desconocido y (en el caso del nacedero) al heredero futuro, es cuestión meramente teórica; prácticamente la organización de la curatela implica el que todos los actos realizados durante la yacencia repercuten en el heredero cuando aparezca o sea conocido.

No puede admitirse que la herencia yacente sea una persona jurídica: se trata simplemente de un patrimonio especial que se mantiene unido y sujeto provisionalmente a administración ajena para no romper la continuidad de las relaciones (2).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Tiene el concepto de yacente la herencia que deferida, no ha sido aún ni aceptada ni repudiada por el heredero.

Sin preceptos claros y terminantes en nuestra legislación, esta situación de la herencia podrá determinar la intervención judicial, a instancia de parte, proveyéndose a la administración y custodia de los bienes hereditarios, con arreglo a lo prescrito para el juicio de testamentaría en la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 1.020 del Código civil y 1.068 y 1.069 de la ley de Enjuiciamiento civil).

CAPITULO XXX

Efectos de la sucesión hereditaria

§ 129.—*Derechos y obligaciones del heredero*

Brugi, *Ist.*, §§ 118, 120, 122, 123; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 572; Chironi, *Ist.*, II, §§ 443, 449, 488; Zachariae, *Man.*, IV §§ 625-627; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 615-617; Planiol, *Traité*, III, núm. 2.045; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 611-616.

La sucesión hereditaria no es una pura y simple adquisición de elementos patrimoniales activos y pasivos; es un fenómeno más complejo en el que la adquisición del patrimonio es sólo un aspecto, aunque sin duda el más importante. Por la sucesión, el heredero, como representante del difunto, subentra en todas las relaciones jurídicas y queda investido de todos sus derechos y obligaciones de éste como si originariamente hubiesen surgido en la persona de dicho heredero. El patrimonio del causante es adquirido por el heredero como unidad indivisible, sin que la transmisión produzca modificación alguna: sólo cambia el titular; cuando la persona del titular ejerza decisivo influjo en la relación, ésta no se transmite, sino que se extingue con la muerte del causante. El heredero adquiere, pues, todas las cosas y derechos del difunto; se convierte en propietario de los bienes hereditarios, poseedor y acreedor con la libre disponibilidad de todos los elementos patrimoniales. A la inversa, subentra también en todas las deudas y obligaciones del causante, pudiendo surgir también obligaciones nuevas, consistentes en el cumplimiento de ciertos gravámenes que se crearon precisamente en virtud de la sucesión.

Todas las acciones y defensas que antes competían al difunto corresponden ahora al heredero; pero aparece también una acción nueva en favor del heredero para proteger el título here-

ditario; con la *petitio hereditatis* puede pedir el heredero el reconocimiento de su cualidad de tal frente a cualquiera que lo desconozca o niegue, y reivindicar el patrimonio hereditario de todo tercero que ilegítimamente lo detente. Finalmente, dado el concepto de representación por el que el heredero asume la misma posición jurídica que el difunto (1), y como nadie puede ser titular a un tiempo de dos patrimonios (2), el patrimonio del difunto, al transmitirse al heredero, se confunde con el de éste; de aquí la consecuencia de que las relaciones jurídicas hasta entonces existentes entre el difunto y el heredero se extingan por confusión y de que los acreedores del heredero puedan cobrar sus créditos con los bienes del difunto, así como que los acreedores de éste puedan también cobrarlos con los del heredero.

Son estos los efectos más importantes de la sucesión hereditaria, y son los efectos normales, ya se consideren en la persona del heredero, ya en sus relaciones con los terceros.

Pero esta confusión de patrimonios, que es la regla general, puede evitarse en protección del heredero o de los acreedores hereditarios, merced a las instituciones del beneficio de inventario y de la separación de los patrimonios del difunto y del heredero, que permiten que el haz hereditario pueda estimarse como un patrimonio autónomo y especial. Por otra parte, la circunstancia de que a una misma herencia sean llamadas distintas personas conjuntamente, puede determinar más consecuencias. Cuando concurren varios llamados a una misma herencia, surge una serie de relaciones jurídicas entre los coherederos para cuya regulación ofrecen excepcional importancia el acrecer la porción vacante y los demás llamados aceptantes, la colación, la imputación, la formación de una comunidad, etc.

En los siguientes párrafos nos ocuparemos de las excepciones que al principio de la confusión representan el beneficio de inventario y la separación de las relaciones jurídicas entre

(1) Nótese la expresión de las fuentes romanas fr. 59, D. 50, 17: «*Hereditatem eiusdem potestatis iurisque, esse cuius fuit defunctus, constat*».

(2) Recuérdese lo dicho en el vol. I, acerca del patrimonio que es el conjunto de relaciones jurídicas concentrado en una persona.

coherederos; en el presente nos ocuparemos de los efectos de la sucesión hereditaria en el caso de aceptación pura y simple y de haber un heredero único.

Derechos transmisibles al heredero.—El principio según el cual el heredero subentra en todas las relaciones jurídicas del difunto, está limitado a los derechos y obligaciones cuya transmisión es posible.

La regla general es la de que todos los derechos y obligaciones del difunto se transmiten al heredero, excepción hecha de ciertas relaciones en que aquel subingreso no procede, porque ofrecen un carácter personal que impide su supervivencia después de la muerte de su titular o que hace que si sobreviven no formen parte de la *hereditas* ni se transmitan según las normas del derecho hereditario.

Abarcar con una fórmula todas las relaciones jurídicas excluidas de la transmisión hereditaria, no es tarea fácil; no es muy útil para distinguir las el decir que se trata de derechos y obligaciones estrictamente personales, si bien sea su inherencia al titular lo que se opone a la transmisión; tampoco sería exacto decir que los no transmisibles son los no patrimoniales y los transmisibles los patrimoniales, porque algunos de éstos no son susceptibles de transmisión. Se puede, por regla general, afirmar solamente que no se transmiten al heredero los derechos públicos y de los privados aquellos que ofrecen un cierto carácter público, o que siendo estrictamente privados se fundan en una relación personal o se hallan limitados en cuanto a su duración por la ley o que requieren para su ejercicio una apreciación o valoración de que sólo es capaz su titular.

Son, por tanto, intransmisibles los derechos y poderes derivados de relaciones familiares, porque el vínculo que engendra tales relaciones entre dos personas se rompe al morir una de ellas. Una excepción del derecho positivo es que alguna de las acciones de estado pueda transmitirse al heredero, como ocurre con la acción de desconocimiento del hijo (art. 167) y de reclamación del estado de hijo legítimo (art. 178). No se traspasan, en cambio, porque duran como máximo lo que dura la vida de

la persona los derechos de usufructo, de uso y habitación (artículos 515, 529); el derecho del mandante, derivado del contrato de mandato (art. 1.757); el del socio, derivado del de sociedad (art. 1.729). No se transmite el derecho a alimentos, aun cuando éste no se funde en relaciones de parentesco (lo cual sería por sí causa de extinción); tampoco se transmite la facultad que corresponde al destinatario de una oferta de contrato de aceptar ésta, ni menos aún la simple expectativa del oferente de que su oferta fuere aceptada, ni otro derecho cualquiera sujeto a condición y derivado de un acto *mortis causa*, pues por disposición legal (art. 853) la condición habrá de verificarse en vida del titular, mientras que para los derechos condicionados derivados de un acto *inter vivos* se admite la transmisión durante el estado de pendencia (art. 1.770).

Tampoco son susceptibles de transmisión las obligaciones nacientes de mandato (art. 1.757), de arrendamiento de obra (artículo 1.642), de sociedad (art. 1.729), pues los herederos del mandatario, del obrero o del socio no están obligados por un vínculo que engendró la confianza en su causante o la habilidad técnica de éste (1).

Constituye un régimen especial el de algunos derechos y atributos personales, como el derecho al nombre, al título nobiliario, al sepulcro, etc. El nombre de familia (apellido) se transmite, no en virtud de sucesión hereditaria; se transfiere *iure sanguinis* a los descendientes del de *cuius*; éste puede imponer al heredero extraño la obligación de añadir a su nombre propio el del causante; cuando lo añade, esta adquisición de apellido no se origina en el testamento y sí en el Real decreto que autoriza tal adición. Diversamente ocurre con el nombre comercial (razón social, nombre comercial), pues siendo éste un bien eco-

(1) En orden a la revocación de donaciones por causa de ingratitud, el art. 1.082 preceptúa que la acción revocatoria no se transmite pasivamente, no puede intentarse contra el heredero del donatario ingrato; se transmite ese cambio activamente, es decir, puede intentarse por el heredero del donante con tal de que la acción hubiere sido deducida por el donante mismo o éste hubiera muerto dentro del año contado desde la fecha en que tuvo lugar la ingratitud.

nómico, se transmite hereditariamente. La sucesión en los títulos nobiliarios se sujeta a las normas propias de la sucesión feudal, que es exclusivamente legítima, nunca testamentaria; a este respecto deben observarse las antiguas normas de los territorios de los ex Estados italianos, vigentes aún en la actualidad. Finalmente, el derecho de sepulcro se adquiere en virtud del destino dado al sepulcro por su fundador («para sí y para los suyos» o «para sí y para sus herederos»); se transfiere, pues, según los casos, hereditariamente a todos los herederos, familiares o extraños, o *iure sanguinis* a los miembros de la familia solamente, y a veces a algunos de éstos tan sólo (1).

Confusión de patrimonios y cumplimiento de cargas.—Con la transmisión de los derechos y obligaciones del difunto al heredero se producen también en la sucesión hereditaria otros fenómenos interesantes. Tal sucesión no es tan sólo adquisición de derechos preexistentes y asunción de preexistentes obligaciones; es también causa de extinción de relaciones jurídicas y de creación de obligaciones nuevas que tienen su título en la ley, ya se abra la sucesión *ab intestato*, ya por testamento.

El ser el heredero representante del difunto implica que su patrimonio se confunda con el hereditario y constituya un patrimonio único, cuyos elementos integrantes no conservan (por así decirlo) nota alguna que acredite su distinta proveniencia. De esto se deducen dos importantes consecuencias: 1) Comoquiera que los derechos que suponen la existencia de dos patrimonios separados no pueden sobrevivir si éstos se concentran en un titular único, se extinguirán por confusión los derechos reales que el difunto o el heredero tenían sobre cosas del heredero o del difunto (por ejemplo, el usufructo, la servidumbre, la hipoteca del heredero sobre el predio hereditario o del difunto sobre el predio del heredero) y los débitos y créditos que entre ambos existieran. 2) Siendo único el patrimonio, tienen derecho a cobrarse de él, tanto los acreedores del difunto, cuanto los del heredero; éste responde, pues, de todas las deudas del difunto como si las

(1) Véase Melucci, *Dir. di successione*, páginas 20 y siguientes; Ferrara, *Tratt. dir. civ.*, I, páginas 586, 759

hubiese contraído el propio heredero; por tanto, responde no sólo con el patrimonio hereditario, si que también con el propio. Que esta consecuencia puede beneficiar a unos o a otros acreedores, es obvio, si se atiende a la doble posibilidad de que un haz hereditario insuficiente se adquiere por un heredero solvente, o de que un heredero cargado de deudas adquiriera una herencia activa; no cambia, sin embargo, la naturaleza y demás modalidades de la obligación.

Además de las deudas del difunto, el heredero debe satisfacer incluso con el propio patrimonio, si la herencia no basta, todas las obligaciones y cumplir todas las cargas que el de *cuius* le hubiere impuesto en el testamento o que la ley directamente impusiese al sucesor universal. La categoría más importante de estas nuevas obligaciones que surgen por efecto de la voluntad testamentaria es la de los legados, disposiciones patrimoniales a título singular con que el difunto, beneficiando a una o más personas, puede agotar el haz hereditario y hasta sobrepasarlo, determinando así en el heredero una responsabilidad personal, incluso por actos de liberalidad o de beneficencia.

Puede parecer extraño que el difunto, al ordenar legados que excedan del haz hereditario, disponga con actos de beneficencia del patrimonio ajeno; en abstracto, lo lógico parece que, siendo el testamento un acto de disposición de los bienes pertenecientes a quien lo hace (art. 759), deban limitarse los legados a las disponibilidades de aquél, o reducirse, si exceden de éstas. Precisamente en esta idea se inspira una parte muy respetable de la doctrina francesa, con Pothier a la cabeza, la cual sostiene que los legados y demás cargas impuestas por el testador constituyen algo distinto de las deudas hereditarias; que el heredero debe responder *ultra vires hereditatis* por las deudas, pero no por los legados. Con la vigencia del Código Napoleón (I) se suscitó una viva controversia sobre esto. Nuestro Código, equiparando las deudas hereditarias a los legados e imponiendo al heredero la responsabilidad por aquéllas y éstos *ultra vires*, a no ser que re-

(1) Ved Zachariae, *Man.*, IV. § 627, n. 3, a. 4.

curra al *beneficio de inventario* (art. 968, párr. I.º), ha evitado toda discusión sobre la materia.

Además de ésta, la aceptación pura y simple produce otra consecuencia. Como se verá en su lugar oportuno, el heredero legitimario cuya porción legítima resulte vulnerada por disposiciones del testador tiene acción para pedir la reducción de éstas (artículo 821).

Ahora bien, la confusión de patrimonios que la aceptación pura y simple produce, determina esta consecuencia: que el legitimario no puede exigir la reducción de las donaciones y legados hechos a terceros extraños por el difunto y esta obligación a sufrir dichas cargas y a cumplirlas con la cuota legitimaria que normalmente es intangible. El precepto del Código (art. 972) es precisamente el de que el heredero legitimario, si quiere obtener la reducción de donaciones y legados hechos a terceros extraños, debe aceptar con beneficio de inventario; no necesita de éste si las donaciones y legados fueron hechos en favor de los coherederos, y no porque la confusión deje de producirse frente a éstos, sino porque en las relaciones entre los mismos se presume conocida la cuantía del haz y su insuficiencia (1).

Para hacer valer sus derechos en la herencia y contra el he-

(1) La razón del texto justifica más bien la necesidad de la *formación* de un inventario más bien que de la *aceptación* con beneficio de inventario, cosas distintas como advertiré más adelante (§ 130). Se comprende que en las relaciones con extraños pueda sentirse la necesidad de fijar con el inventario la cuantía del haz, y que no se sienta tal necesidad en las relaciones entre coherederos. No se comprende por qué además del inventario exige la ley la aceptación con beneficio de inventario, ya que no es la confusión la que determina la pérdida de la acción de reducción. Esto ha sido agudamente observado por L. Coviello, *Beneficio d'inventario e azione di riduzione* (*Scritti per Simoncelli*, páginas 125 y siguientes); quien critica por absurda e inoportuna por exceder de su fin, el precepto del art. 972, tal y como es concebido. Según la prueba que dicho autor ofrece (a la cual nos adherimos), la norma proviene del artículo 722 del Código napolitano y del 1.026 del albertino, pero mientras éstos hablaban solamente de la «formación del inventario», en el italiano inadvertidamente o por modificación hecha de intento, se habla de «aceptación con beneficio de inventario». Sobre el mismo argumento véase Scialoja, V, *Una questione sull' art. 972, C. c.* (*Scritti per Chironi*, I), el cual

redero, tienen los acreedores hereditarios las mismas acciones que ya les correspondían contra el difunto, y los legatarios una acción personal para conseguir la prestación del legado, y, si se trata de legado de propiedad, la reivindicatoria. El heredero está expuesto a dichas acciones, según las reglas comunes de los derechos de obligación y las especiales concernientes a los legados. Si los herederos son varios, todos ellos habrán de concurrir, según lo expuesto (párr. 132).

Acciones del heredero y petición de herencia.—El que al heredero correspondan, para hacer valer sus derechos contra los terceros deudores o poseedores de cosas de la herencia, todas las acciones personales o reales que correspondieron al difunto, es una lógica consecuencia de la adquisición por el heredero de tales derechos; puede obtener con las mismas acciones que el de *cuius* hubiera podido ejercitar el reconocimiento judicial de todo crédito o derecho real. También le corresponden las acciones posesorias, aun cuando no hubiere aprehendido materialmente los bienes, pues el heredero se reputa *poseedor legítimo* contra cualquiera que pretenda dichos bienes (artículos 925 y 926). Pero, además de esto, una acción especial protege en él el título hereditario: la *petitio hereditatis* (1).

Es esta una acción de carácter real y universal, con la que el heredero actúa contra quien le discuta el título hereditario y retenga la posesión de las cosas de la herencia; real, porque puede ejercitarse contra todo tercer poseedor, y porque tiende a reivindicar los bienes hereditarios; universal, porque no tiende a obtener la restitución de las cosas singularmente consideradas y sí a conseguir el reconocimiento en el actor del título hereditario.

sostiene que la ley exige la aceptación con beneficio de inventario, pero no la *conservación* de éste; así que si el heredero lo pierde, conserva, aún siendo heredero puro y simple, el derecho a pedir la reducción. No creo pueda suscribirse tal opinión.

(1) Los requisitos de esta acción se contienen en cuanto al Derecho romano en los títulos 5, 3 del Digesto y 3, 31 del Código. A los principios romanos hay que recurrir aún hoy frecuentemente, tanto más cuanto que en el Código italiano hay solamente un artículo (933), relativo a la materia.

rio, es decir, de la pertenencia a él del *universum ius*, y, consiguientemente, a la restitución de todo cuanto a la herencia pertenece. Es, como la *rei vindicatio* para el derecho de propiedad, una reivindicación del título hereditario: es una *vindicatio hereditatis*, ya sea que la *hereditas* se considera subjetivamente como derecho o cualidad personal del heredero, ya objetivamente como *universitas* o patrimonio. Su objeto es hacer reconocer que el actor es el heredero, de modo que tiende no solamente a obtener las cosas singulares que a la herencia pertenecían (derechos de propiedad *iura in re aliena* o créditos), si que también toda ventaja que por causa o con ocasión del patrimonio hereditario corresponda al heredero, y no siendo posible esto, el total resarcimiento del daño. Es, pues, ejercitable, aun cuando se reclame una parte mínima de la herencia. No se pierde por prescripción, pues siendo inherente a la cualidad de heredero, es, como ésta, inextinguible (1).

En lo concerniente a sus requisitos y efectos, los principios fundamentales pueden resumirse del modo siguiente:

α) *Legitimación activa*.—Puede intentar la *petitio* el heredero testamentario o legítimo; el heredero único, por la totalidad; el llamado en concurrencia con otros, por la cuota que le es atribuida. En cuanto actor, le incumbe la carga de probar que es él el heredero, esto es, que hay un testamento válido o un llamamiento legal, ya sea a todo el haz, ya a una cuota del mismo, y que uno u otro (aun cuando el demandado sea también sucesor eventual), contengan una vocación de grado anterior que excluya la del demandado. El hecho de la vocación se probará con la exhibición del testamento o de la documentación que acredite el grado de parentesco. No hay necesidad de que el actor prue-

(1) La opinión contraria de algún autor (por ejemplo. Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 381; Zachariae *Man.*, IV, pág. 124 etc.), de que la *petitio hereditatis* se extingue por la prescripción de treinta años, no es admisible; se puede perder uno u otro derecho y eventualmente todos los derechos sobre los bienes del haz hereditario por efecto de la prescripción adquisitiva, por la que el tercero haya adquirido la propiedad de las cosas de la herencia o de la extintiva en cuya virtud se haya extinguido en el tercero deudor de la herencia la obligación.

be que aceptó la herencia, porque el ejercicio de la *petitio* implica aceptación. La posesión del demandado debe probarse; sin ello carecería de importancia práctica la orden de restitución. Además del heredero pueden, mediante la acción subrogatoria, ejercitar la *petitio* sus acreedores.

β) *Legitimación pasiva*.—Demandado es todo poseedor que posea o detente la herencia o una cuota de ésta y que discuta al actor su condición de heredero. No serviría para legitimarlo como demandado la posesión de cosas singulares y el que el poseedor, para justificar dicha posesión, invocase la existencia de un título especial; como el objeto de la *petitio* es la *universitas* y el de la contienda es el título hereditario, cualquiera otro título especial excluye la posibilidad de la petición. Lo que importa, sobre todo, es que el demandado discuta al actor su condición de heredero; no es necesario que se atribuya esta última condición al demandado. Por tanto, a dos pueden reducirse las clases de poseedores expuestos a esta acción: el demandado aduce en su favor una causa hereditaria de adquisición a título universal, exista o no dicho título (*possessor pro herede*) o no aduce título alguno de justificación de su posesión (*possessor pro possessore*). En este último caso, es un simple poseedor de la herencia y nada más; en el primer caso, se ofrece externamente como si fuera heredero (*heredero aparente*), siendo otro el verdadero; puede ser heredero aparente de buena y mala fe. Una posesión actual es necesaria también; si en el momento de deducir la acción tal posesión se transfirió a otros, deberá aquélla dirigirse contra el nuevo poseedor, porque sólo éste tiene la *facultas restituendi*, a no ser que la posesión hubiese sido abandonada dolosamente para frustrar la acción.

γ) *Efectos*.—Reconocido el título hereditario en el heredero verdadero, el demandado deberá restituir a éste todo lo que pertenezca a la herencia, los bienes con sus accesiones y frutos, el precio de los enajenados, el importe de los créditos cobrados y, en general, todo valor que hubiere ingresado en el patrimonio del demandado a consecuencia de actos de disposición o de gestión de la herencia. Deben responder de modo distinto de esta

obligación el heredero aparente de buena y el de mala fe y el mero poseedor.

Precisemos ahora el concepto de tales herederos y poseedor; ello es necesario, porque hay divergencia entre los autores respecto a la noción de heredero aparente de buena fe. Heredero aparente, como ya dijimos, es quien posee la herencia invocando un título hereditario (un testamento o un determinado grado de parentesco); no importa el que el título exista o no exista; basta que el poseedor afirme ser heredero y se comporte como tal frente a los terceros. Menos aún precisa que el poseedor estime dicho título válido y eficaz. Dada la existencia del título y supuesta su invalidez (si el título fuese válido sería heredero el poseedor), el poseedor *pro herede* puede ignorar el vicio del título o conocerlo; si lo ignora, es un heredero aparente de buena fe, y es de mala fe en el caso contrario. Pero como la ignorancia del vicio supone siempre la existencia de un título (viciado), es claro que heredero aparente de mala fe es, en todo caso, quien invoca un título inexistente (título putativo). En otros términos: aplicando aquí los conceptos generales acerca de la posesión de buena fe, debe decirse (por analogía a lo dispuesto en el artículo 701 respecto al poseedor en relación con el propietario), que es heredero aparente de buena fe quien posea la herencia o una cuota de ella por virtud de un título apto a producir su adquisición, pero afectado de un vicio cuya existencia se ignora por el poseedor. Será, pues, tal quien posea como heredero, ignorando que había otro sucesor de grado más próximo llamado por la ley; quien haya aprehendido los bienes a virtud de un testamento cuya nulidad o revocación ignora. Será de mala fe quien conozca tal revocación o nulidad del testamento, o el llamamiento de otro sucesor; o la inexistencia del título invocado. Se equiparará a éste aquel que en rigor no pueda ni siquiera llamarse heredero aparente, el poseedor de la herencia que no invoca título hereditario de su posesión (*possessor pro possessore*) (1).

(1) Sobre los conceptos expuestos y las cuestiones a que da lugar el artículo 933 del Código civil, véase Maierini, *Studi sull'art. 933 del Cód. civ. it.* (Legge, 1872); Bonfante, en *Foro it.*, 1895, I, pág. 238 (y ahora en

Ahora bien, teniendo presente el principio de que la buena fe capaz de producir los efectos favorables es la inicial y el de que la demanda judicial transforma al poseedor de buena fe en poseedor de mala fe, diremos que el heredero aparente de buena fe no viene obligado a la restitución de los frutos sino desde el día en que se dedujo la demanda judicial (art. 933, párr. 2.º); el de mala fe los debe todos, incluso los consumidos y los que hubiere podido percibir; el primero no responde de la pérdida y deterioros por caso fortuito; el segundo, sí. Respecto a las enajenaciones efectuadas por el heredero aparente y a las relaciones del mismo con el heredero verdadero y de éste con los terceros adquirentes, el Código italiano, en el art. 939, párr. 1.º (completando la laguna del Código francés y dirimiendo antiguas controversias), acogió el principio de que los terceros adquirentes deben ser protegidos, respetándose su adquisición si ésta fué hecha a título oneroso y si los terceros obraron de buena fe. La enajenación no puede, pues, ser impugnada en perjuicio de tercero sino cuando provenga de un acto a título gratuito, o cuando, aun proviniendo de un acto a título oneroso, los terceros hubieren procedido de mala fe; carece de trascendencia en ambos casos la buena o mala fe del heredero aparente. La buena o mala fe de éste tiene importancia cuando se trata de su responsabilidad frente al heredero verdadero; el citado artículo declara que, si el heredero aparente hubiere enajenado de buena fe, estará obligado tan sólo a restituir el precio recibido o a ceder su acción contra el comprador que no la hubiere aún pagado; de lo que se deduce que la responsabilidad del heredero aparente de mala fe

Scritti giur. vari. I, páginas 531 y siguientes) y en Baudry Lacantinerie *Successioni*, I, Add; Salvioli, *Studio sull'art. 933 del Cód. civ.* (Legge, 1850, I, páginas 319 y siguientes); Brunetti, *L'erede apparente* (*Arch. giur.*, LV, 1895, páginas 116 y siguientes y en *Scritti giur. vari*, II, páginas 213 y siguientes; Turín, 1915); De Berárdinis, *La condizione giur. dell'erede apparente nel Cód. civ. it.* (*Arch. giur.*, LXXIII, 1904, páginas 247 y siguientes); De Angelis, *L'erede apparente* (*Filang.*, XXXIII 1908, páginas 41 y siguientes); Dernburg, *Ueber das verhältniss der her. pet. und der erb-schaftlichen Singular Klagen*, 1852; Sérésia, *De la petition d'heredité en dr. moderno*, 1875.

se amplía, corriendo de su cargo el reembolsar al heredero verdadero del valor de la cosa enajenada, el resarcir al mismo de todo perjuicio, el sufrir la responsabilidad, aun en caso fortuito (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.** — Por la aceptación de la herencia y retrotrayendo todos sus efectos al momento de la muerte del causante, adquiere el instituído la condición de heredero y con ella todos cuantos derechos transmisibles tenía en su patrimonio el titular fallecido.

Las obligaciones del heredero varían según sea la aceptación pura y simple o a beneficio de inventario. Por la primera — única de que nos hemos de ocupar aquí — se produce la confusión del patrimonio del causante con el del heredero, respondiendo éste de todos los cargos de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino con los suyos propios (artículo 1.003).

§ 130.—*Beneficio de inventario y separación de patrimonios*

Brugi, *Ist.*, §§ 109, 110; Pacifici, *Ist.*, IV, páginas 592, 607; Chironi, *Ist.*, II, §§ 445, 460; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 628, 629; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 613, 619; Planiol, *Traité.*, II, números 2.103 y siguientes, 2.170 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 606-607.

La confusión del patrimonio del difunto con el del heredero, que es uno de los efectos patrimoniales más importantes de la sucesión hereditaria, puede perjudicar tanto al heredero como a los acreedores hereditarios: al heredero, cuando habiendo éste aceptado una herencia pasiva viene forzado a suplir con sus propios bienes la insuficiencia del haz hereditario; a los acreedores de la herencia, en el caso de un heredero cargado de deudas, ya que peligraría el cobro íntegro de sus créditos por la concurrencia de los acreedores del heredero. Para evitar estas peligrosas consecuencias hay dos instituciones: el beneficio de inventario en el primer caso y la separación de los patrimonios del difunto y del heredero en el segundo (1). La finalidad de ambas instituciones es, como se ve, común: impedir la confusión y mantener separados los patrimonios. El fin específico de una y otra son diversos, porque cada una de ellas protege un interés especial y origina efectos diversos; el beneficio de inventario aprovecha al heredero, a él solo beneficia el mantener separados ambos patrimonios, evitando así el peligro de pagar con sus propios bienes a los acreedores del difunto; la separación aprovecha solamente a los acreedores hereditarios, asegurando a éstos un derecho de

(1) Otro caso de perjuicio puede haber cuando éste afecte a los acreedores del heredero: si éste acepta una herencia pasiva y no piensa o no quiere limitar su responsabilidad, aceptándola con beneficio de inventario, los acreedores del heredero resultarán perjudicados por la concurrencia de los acreedores hereditarios. La ley no ofrece para este caso remedio alguno, y no lo ofrece intencionadamente, pues no pareció razonable limitar la libre voluntad del heredero de aceptar pura y simplemente, y de otra parte los acreedores de ésta, si bien empeoran la situación, sufren la natural consecuencia de la vocación hereditaria.

preferencia respecto a los acreedores del heredero sobre los bienes del difunto. Diversos son también los términos, modalidades y condiciones de cada uno de estos beneficios, como tendremos ocasión de observar.

I. *Beneficio de inventario* (1).—Introducido en el Derecho romano por la legislación justiniana (2) y regulado minuciosamente por el Código (artículos 955-976), el beneficio de inventario, representando una derogación al principio de la confusión de patrimonios y al de la responsabilidad ilimitada del heredero (artículo 1.968), es un provecho que la ley otorga a quien, conociendo el pasivo del haz hereditario o aun desconociendo su verdadera cuantía, no quiera responder por las cargas que gravan la herencia en más del importe de ésta; sirve así para evitar el peligro de una serie de renunciaciones sucesivas por parte de los llamados, renunciaciones que además de ser una irreverencia para el difunto, causarían un perjuicio social por la incerteza de la pertenencia de la herencia y con ella de la condición de los acreedores y legatarios. Dicho beneficio ejerce, por tanto, una función que no responde tan sólo al interés particular del llamado, sino que persigue también un fin de utilidad social: con miras a este fin la ley adopta como una de sus principales normas en este respecto la de la inderogabilidad por disposición del testador, declarando que ninguna prohibición del testador puede privar al heredero del derecho de aceptar con beneficio de inventario (artículo 956) (3).

Consiste este beneficio en la declaración solemne del heredero de no querer asumir la cualidad de tal si no es con responsabilidad limitada (art. 955), y en la formación del inventario, esto es, descripción exacta y detallada de todos los bienes que inte-

(1) Bechmann, *Die Haftung der Beneficiärerben für die Schulden der Erbschaft nach. röm u. gem. Recht.*, Erlangen, 1855.

(2) L. 22, C. 6, 30; § 6, *Ist.*, 2, 19.

(3) Cuestión distinta es si desde el punto de vista de las relaciones sociales y éticas, la aceptación con beneficio de inventario es algo irreverente para el difunto. Se debe contestar negativamente, se debe contestar que no, aunque muchos crean injuriosa a la memoria del difunto esta institución.

gran el haz hereditario (art. 957). No hay que confundir el inventario con el beneficio que de él toma nombre; puede hacerse inventario de la herencia y el heredero aceptar pura y simplemente o comportarse éste de modo que aun queriendo aceptar con beneficio de inventario, deba ser estimado como heredero puro y simple; recíprocamente puede haber declaración y no formarse el inventario, produciéndose aquí los efectos todos de una normal adquisición hereditaria. Lo que precisa es el doble requisito de una declaración solemne acompañada de la formalización de inventario, siendo indiferente que éste siga o preceda a aquélla (art. 957) y que el inventario se haga por el heredero o por un tercero. Aceptación con beneficio de inventario es siempre declaración de querer aceptar la herencia, no reserva de deliberar si aceptarla o no, por lo que debe decirse que mientras transcurren los plazos para formalizar el inventario o para emitir la declaración hay un verdadero *spatium deliberandi* que no compromete y durante el cual el llamado se reputa curador de derecho de la herencia (art. 964); verificada la aceptación, la calidad de heredero se adquiere definitiva e indeleblemente; el heredero beneficiado no es menos heredero que el puro y simple, ni puede renunciar a la herencia y sólo sí al beneficio.

Dadas las profundas desviaciones que este modo de aceptación entraña en cuanto a los principios fundamentales de la sucesión hereditaria, la ley contiene prescripciones rigurosas de términos y de formalidades.

Ante todo y en cuanto a la persona que puede aceptar de este modo, siendo por regla general tal aceptación facultativa (invocable por todos los llamados), hay algunos llamados que deben aceptar necesariamente de esta manera; éstos son los que por su menor capacidad o por el fin social a que tienden, deben hallarse a salvo del perjuicio que pudiera irrogarles una herencia cargada de deudas. Así los menores e interdictados (art. 930), los mayores inhabilitados (art. 931), todas las personas morales (artículo 932) no pueden aceptar nunca pura y simplemente. Concurriendo varios herederos y habiendo acuerdo entre ellos en aceptar, pero discrepancia en cuanto al modo de aceptar (ar-

título 958), la herencia deberá ser aceptada por todos con beneficio de inventario, bastando para ello que uno solo haga la oportuna declaración (1).

Para asegurar a esta declaración la máxima publicidad posible prescribe el Código que se haga en la Cancillería de la pre-tura del distrito en el que hubiere tenido lugar la apertura de la sucesión, que se inscriba en el registro destinado a recibir los actos de renuncia, que el Canciller cuide de inscribirla en los registros hipotecarios y que se publique en extracto en el diario de anuncios judiciales (art. 955). Para garantizar a los terceros de que en el inventario nada se omite u oculta, se prescriben formas rigurosas para la confección de aquél (art. 866) y se castiga con la pérdida de su derecho a quien conscientemente y con mala fe haya omitido el describir un efecto cualquiera perteneciente a la herencia (art. 967).

En cuanto a los términos, de acuerdo con el principio de que la facultad de aceptar sólo prescribe con el transcurso de treinta años y con el de que todo interesado puede obligar al llamado a que se pronuncie en un sentido o en otro, hay que distinguir si el heredero se halla o no en posesión real de la herencia, pues parece razonable tratar con más rigor a quien tiene la disponibilidad física de las cosas hereditarias que a quien no la tiene. 1) El heredero que tiene tal posesión (2) cuenta con tres meses de plazo (prorrogable con otros tres) desde el día de

(1) La idea en que se inspira esta norma es la de que debiendo ser protegido cada uno de los herederos aunque uno sólo invoque el beneficio de inventario, es útil a la uniforme regulación de las relaciones hereditarias la extensión del beneficio a los demás. La tendencia de la ley es evitar en lo posible la coexistencia de herederos beneficiados y herederos puros; pero no obstante dicha coexistencia no siempre se evita, ya que por caducar el derecho de alguno de los herederos beneficiados o por concurrir herederos plenamente capaces con otros incapaces, puede haber en una misma sucesión herederos puros y herederos beneficiados. Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, páginas 558-559 y los autores en esta obra citados.

(2) Se ha de entender posesión por título hereditario, no por otro título particular anterior a la sucesión (por ejemplo, por el de donatario).

la apertura de la sucesión o del en que tuyo noticia de la atribución de la herencia, para formalizar el inventario (art. 959), y cuarenta días, contados desde que éste se confeccionó, para emitir la declaración si ésta no hubiere sido emitida con anterioridad (art. 961); si omite una u otra formalidad en los plazos legales, se considera aceptante puro y simple y no puede ya invocar el beneficio ni renunciar (artículos 961, 935). 2) El heredero que no está en posesión de la herencia ni se ha inmiscuído en ella, cuenta con el plazo de treinta años para formalizar el inventario y emitir la declaración, porque la facultad de heredar pura y simplemente o con beneficio subsiste por todo este tiempo (artículo 962). 3) Tan largo plazo puede reducirse a instancia de los interesados por la autoridad judicial, la que puede fijarle un término para deliberar; en este caso, los términos de tres meses y de cuarenta días comienzan a correr desde el día que el Juez hubiere fijado (art. 962).

Es lógico que tales términos no comiencen a correr para los menores interdictados e inhabilitados mientras se hallen en estado de incapacidad; se les concede un año a contar desde la cesación de la incapacidad para hacer el inventario y la declaración (art. 963); transcurrido dicho término, pierden también tales incapacitados todo derecho. Causas de caducidad comunes a todos son el haber omitido conscientemente y con mala fe en el inventario bienes de la herencia (art. 967), el haber sustraído u ocultado efectos a ella pertinentes (art. 553), el haber vendido bienes inmuebles sin autorización judicial o sin observancia de las formas preestablecidas (art. 973; art. 876 del Código de procedimiento civil), el haber vendido del mismo modo bienes muebles antes de haber transcurrido cinco años desde que se declaró la aceptación con beneficio de inventario (art. 974); finalmente, el haber realizado actos de disposición que sean incompatibles con la cualidad asumida.

La posición jurídica del llamado antes y después de la aceptación es distinta de la del heredero normal, y se caracteriza por los más limitados poderes que tiene sobre los bienes hereditarios.

a) *Antes* de la aceptación y durante los términos para hacer inventario y deliberar, no es heredero ni está obligado a asumir tal cualidad. Considerado como un simple curador, representa a la herencia como tal y puede ser demandado judicialmente para responder a toda reclamación; si no comparece, la autoridad judicial podrá designar uno que le sustituya (artículo 964); como tal curador administra la herencia sin poder enajenar ni destruir cosa alguna, debiendo solicitar del Juez la oportuna autorización para vender las cosas que no puedan conservarse o cuya conservación implique grave dispendio (art. 965).

b) *Después* de la aceptación es ya heredero, titular de todos los derechos de la herencia, de los cuales puede disponer con la autorización del Juez; es también deudor de todas las obligaciones dentro de los límites del haber hereditario. La regulación de las relaciones entre él y los que tengan derechos en la herencia debe inspirarse en la compatibilidad de la ventaja que para el heredero representa la responsabilidad limitada, con las mayores garantías que deben en compensación otorgarse a los acreedores y legatarios.

El heredero beneficiado es propietario de los bienes, pero frente a quienes tienen derechos en la herencia asume la obligación de administrar y de rendir cuentas de su administración (artículo 969); tan precisa es esta obligación, que los acreedores y legatarios pueden hacer que se le señale un término para rendirlas (art. 971), y si expirado dicho término no las rinde o incurre en mora, puede ser constreñido a pagar incluso con sus propios bienes (art. 965, párr. 1.º).

Tampoco está exento de responsabilidad por dicha administración; aunque la herencia sea suya, la administra por cuenta de los acreedores y legatarios y frente a éstos responde, aunque no más allá del límite de la culpa grave (art. 970). Puede disponer de los bienes hereditarios, pero debe para enajenar recabar la oportuna autorización judicial, bajo pena de perder el beneficio (artículos 973, 974). En todos los casos en que los acreedores o interesados lo exijan, debe prestar la oportuna garantía por el valor de los bienes muebles, frutos de los inmuebles y

precio de éstos que permitiese haber remanente después de pagados los acreedores hipotecarios (art. 975).

En compensación, no responde de las deudas y legados, como de toda carga que gravase la herencia, sino en los límites del haz hereditario (art. 968), con el dinero en éste comprendido y con el que pueda obtenerse de los demás bienes. Paga a los acreedores y legatarios (1) a medida que se presentan, sin que haya entre ellos verdadero concurso; así que los últimos, si hallan el haber hereditario exhausto, nada pueden conseguir; lo único que le será posible, dada la preferencia de los acreedores sobre los legatarios, es una acción de reembolso de aquéllos contra éstos (art. 977). Pero por una parte deben respetarse los mejores derechos, tales como créditos hipotecarios, privilegiados, etc.; por otra, aquel peligro puede evitarse por las oposiciones que los acreedores notifiquen oportunamente al heredero, porque al entablarse tales oposiciones, el heredero deberá pagar por el orden y del modo determinado por la autoridad judicial (artículo 976).

El heredero beneficiado puede, además, sustraerse a los cuidados y responsabilidades que causa una administración, cediendo los bienes todos de la herencia a los acreedores y legatarios (art. 968, párr. 1.º).

Esta cesión—que para liberar al heredero debe ser general, objetiva y subjetivamente, esto es, comprender todos los bienes hereditarios y hacerse en favor de todos los acreedores y legatarios—no es una renuncia a la herencia (puesto que el cedente, consumada la cesión, no pierde la cualidad de heredero que adquirió indeleblemente con la aceptación), ni una simple transmisión de la posesión y de la facultad de administrar (como cree la mayoría de los autores) (2); es un abandono total de la propiedad y de la posesión hecho para conseguir una liberación

(1) Si los herederos son varios y la deuda es divisible, cada heredero sólo resultará deudor por su respectiva cuota; el beneficio de inventario no supone excepción a esta regla. V. Ascoli en *Riv. dir. civ.*, X, 1918, página 485; Losana en *Foro it.*, 1918, pág. 663, contra Chironi, *Giur. For.*, 1918, pág. 591.

(2) Venzi en *Pacifici, Ist.*, VI, pág. 627. En este último sentido: Ver-

definitiva en favor de todos aquellos que tengan derechos en la herencia, los cuales de este modo se convierten en propietarios y poseedores de los bienes, con los cuales satisfacen sus derechos.

Separación de patrimonios (1).—La separación de los patrimonios del difunto y del heredero tiene también orígenes romanos, esto es, más antiguos que los del beneficio de inventario, pues la *separatio bonorum* fué introducida en el Derecho romano por obra del pretor (2). El lugar en que la regula el Código (artículos 2.054-2.065), fuera del derecho de sucesiones y contiguamente a las hipotecas y transcripciones, revela el íntimo nexo de esta institución con la publicidad de los actos relativos a inmuebles.

Es esta otra derogación del principio de la confusión. Si bien beneficia tan sólo a los acreedores y legatarios y no produce alteración alguna en la condición jurídica del heredero, el cual continúa expuesto con todos sus bienes frente a los acreedores de la herencia y a los legatarios (3). Es, pues, una prela-

ga, *La cessione dei beni hereditari da parte dell'erede beneficiato* (Riv. dir. civ., XIV, 1922 páginas 521 y siguientes).

(1) La bibliografía abunda: Respecto al Derecho romano: Oertmann, *Das beneficium separationis im röm. u. hent Recht.* (Grünhut Zeitschr., XVII, 1890, páginas 257 y siguientes); *Separation und Absonderung* (Sahrb. f. d. Dogm., XXXIV, 1895, páginas 87 y siguientes); Euler, *Die Lehre vom benef. separ. bonorum*, Erlangen, 1890; Baviera, *Il commodum separationis nel dir. rom. e moderno* (Bolonia, 1901); Ferrini, *Appunti sulla separatio bonorum* (Arch. Giur., LXIII, 1899, páginas 544 y siguientes); Solarzi, *Del dir. dei creatori separatisti sul patrimonio del herede* (Bull. ist. dir. rom., XI, páginas 248 y siguientes); respecto al Derecho civil, Melucci, *Tratt. della separ. del patr. del defunto da quello dell'erede sec. il. Cód. it.*, Turin, 1878; Losana, *La separazione del patr. del defunto da quello dell'erede*, 2.^a edición, Turin, 1914; Mirabelli, *Dir dei terzi*, I, Turin, 1889; Dusi, *La separ. del patr. del defunto da quello dell'erede* (en Baudry-Lacantinerie, *Success.* III, Add.); Bonfante, *Della separazione* (en *Dig. it.*, palabra *Successione* y actualmente en *Scritti Giur.*, I, páginas 569 y siguientes); Losana *L'accett. dell'erede con benef. d'invent. e gli effetti della separ. dei patr. nei rapporti tra i cred. ered.* (Foro it., 1909 I, pág. 1.236); Tumudei, *La separazione dei beni ereditari*, Bolonia, 1917.

(2) Tit. 46, 2, *de separationibus* del *Dig.*

(3) Esta última afirmación es muy discutida por algunos autores como ya veremos.

ción concedida a los legatarios y acreedores hereditarios frente a los acreedores del heredero con efectos personales para quienes las hubieren demandado (art. 2.055); dado el modo de verificarse, distinto para los bienes muebles y para inmuebles, se aproxima respecto a los inmuebles a un derecho de hipoteca; en orden a los muebles a un privilegio.

Pero sobre este punto y sobre la función propia de la separación hay viva discusión doctrinal. Se plantea la cuestión de si con la separación se produce una efectiva y verdadera distinción de los patrimonios frente a todos, es decir, frente a los acreedores, hereditarios y legatarios, acreedores del heredero y heredero, o si tal distinción se limita al grupo de los acreedores de la herencia y legatarios y dentro de este grupo a quienes hubieren pedido la separación. Algún autor sostiene que la separación tiene eficacia universal, es decir, que se produce una distinción y autonomía completa de ambos patrimonios, de modo que la herencia se destina a los acreedores del difunto y a los legatarios y el patrimonio del heredero se reserva a sus acreedores personales; por consiguiente, el heredero no debe responder con sus propios bienes frente a los acreedores y legatarios separatistas que sólo en el haz hereditario podrán hallar la necesaria satisfacción de sus derechos, sin que puedan éstos, dirigiéndose contra los bienes propios del heredero, empeorar la condición de los acreedores de éste (1). Pero la mayoría rechaza esta doctrina, que reproduce en nuestro Derecho la separación romana y que no halla un apoyo seguro en el texto de la ley. Como la separación fué simplemente introducida para proteger a los acreedores del difunto y a los legatarios contra la concurrencia de los acreedores del heredero, ninguna ventaja podrán éstos obtener de la separación pedida por aquéllos; y como por otra parte el heredero mismo no puede obtener tampoco de tal separación ventaja alguna y ni limitar la acción de los acreedores hereditarios y de los legatarios al haz hereditario, porque la limitación de la responsabilidad del heredero no viene determi-

(1) Losana, *La separazione* y con él Venzi en Pacifici, *It.*, pág. 632, n. f; pág. 635, n. k.

nada por la institución de la separación y sí por el beneficio de inventario, y a éste debería el heredero recurrir para rechazar la acción de los acreedores del difunto sobre sus bienes personales. Del mismo modo, pues, que el heredero que ha aceptado pura y simplemente, está expuesto a tener que pagar con su propio haber a los acreedores separatistas que no hallen en el haz hereditario satisfacción total de sus créditos, así también están expuestos a sufrir la concurrencia los acreedores del heredero a los cuales la ley niega todo beneficio, ya que sólo ha procurado con el inventario beneficiar al heredero, y con la separación a los acreedores del difunto y legatarios.

Siendo, finalmente, la separación un beneficio personal, no es útil más que a aquellos que la pidieron; por esto, así como los acreedores y legatarios separatistas tienen una razón de preferencia sobre los acreedores del heredero respecto al haz hereditario, así también deben aquéllos ser preferidos a los acreedores hereditarios no separatistas (1).

De esto se deduce la naturaleza del derecho de separación. No puede afirmarse que origina un derecho de hipoteca o un privilegio; tampoco que determine una autonomía completa de ambos patrimonios de modo que cada uno tenga débitos y créditos perfectamente distintos; la separación no es plena o universal respecto a las personas ni respecto al patrimonio, porque no es eficaz frente a todos ni se extiende al total patrimonio del

(1) Según algunos, el precepto del art. 2063, debe interpretarse no ya en el sentido de que los separatistas en tanto no estén completamente satisfechos, excluyen del haz hereditario tanto a los acreedores del heredero, como a los no separatistas; y si en el de que solamente a los separatistas corresponde el beneficio de rechazar la concurrencia de los acreedores personales del heredero, así que separatistas y no separatistas son admitidos a tomar parte en el reparto del haz hereditario, pero los no separatistas han de sufrir la concurrencia en su cuota de los herederos personales del difunto. Tal interpretación que contrasta con el carácter real del vínculo no puede aceptarse. Para más documentación doctrinal y jurisprudencial, véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 644, n. i; E. de Luca, *Del concorso dei creditori e legatari separatisti coi non separatisti*, 2.^a ed., Turín, 1913. Para la tesis de la preferencia, véase Gabba, *Quest. dir. civ.*, II, páginas 62 y siguientes.

difunto, y sí tan sólo a los bienes singulares sobre los que se ejercita. Determina la separación una vinculación (1) objetiva de los bienes hereditarios singulares destinados en primer término y con exclusión de los demás, a la satisfacción de los acreedores del difunto y de los legatarios que más diligentes la hubieren pedido, y es por esto una forma de garantía con eficacia real que imita a la hipoteca y al privilegio, pero que puede tener aún mayor eficacia (2). Además, sus efectos son siempre distintos e independientes de los del beneficio de inventario; como éste sólo aprovecha al heredero, no bastaría que el heredero aceptase con tal beneficio para que los acreedores del difunto pudiesen rechazar la concurrencia sobre la herencia de los acreedores personales del heredero.

Veamos ahora en qué condiciones se verifica la separación.

En orden a las personas a que corresponde, es decisivo el artículo 1.032: «los acreedores de la herencia y los legatarios pueden pedir la separación de los patrimonios del difunto y del heredero, según precepto contenido en el título XXIV de este libro». Corresponde a todos indistintamente, a los acreedores a término y condicionales, a los acreedores hipotecarios y a aquellos que tengan otra garantía cualquiera sobre los bienes del difunto (art. 2.054), porque, como se ha dicho, la separación puede producir efectos más ventajosos aún que los de la hipoteca. Para que pueda corresponderles tal derecho, precisa que el acreedor o legatario no haya realizado acto alguno que implique renuncia a esta garantía o transformación de la deuda en otra nueva; en el caso especial del acreedor o legatario que hubiere hecho novación aceptando por deudor personal al heredero, no podrá usar de este recurso (art. 2.056) (3).

(1) La palabra es adoptada por la misma ley (art. 2.076), y con ello (no se olvide la extensión de las normas sobre hipotecas a la separación) da a entender el carácter y eficacia reales.

(2) Esta se revela en que mientras la inscripción hipotecaria produce efectos desde su fecha la inscripción por separación tiene eficacia retroactiva y afecta a las enajenaciones hechas precedentemente por el heredero.

(3) ¿Cómo debe interpretarse este artículo que priva del derecho de

Se ejercita contra el heredero en cuyo nombre se realizan los actos que luego se dirán. Puede ejercitarse (aunque tal posibilidad represente una singularísima excepción) también contra los legatarios por los acreedores.

Esta posibilidad de conflicto entre acreedores y legatarios se explica pensando en el caso en que el difunto, dejando deudas, haya ordenado legados, pagando éstos y dejándose impagadas aquéllas. Como el legatario no está obligado a pagar las deudas de la herencia, habrá que dejar a salvo en los acreedores el derecho a la separación, además de la eventual acción hipotecaria contra el fundo legado si el crédito estuviere asegurado con hipoteca (art. 1.033).

En cuanto al objeto, la separación recae sobre los bienes singulares de la herencia, no sobre la totalidad, considerada como *universitas*. Como para realizar el fin que persigue la vinculación debe ser ésta conocida de los terceros, y como los medios de publicidad varían según se trate de inmuebles o de mue-

pedir la separación a los acreedores y legatarios que hubieren hecho novación *aceptando como deudor al heredero*? Hay una palmaria incongruencia en ello, porque el heredero por efecto de la sucesión es ya deudor personal de los acreedores del difunto y no se comprende en qué consistiría esta novación cuando entre el heredero y el acreedor del difunto se conviniere algo que ya se ha producido por la sucesión, como es la responsabilidad personal del heredero. Aún más grave es la incongruencia si se considera al legatario; no puede decirse respecto a ellos (como en el caso de los acreedores), que a un deudor antiguo (el difunto), sustituye otro nuevo (el heredero), sino que hay un deudor único desde el principio que no es otro que el heredero, porque en él nace con la sucesión, la obligación frente al legatario. La interpretación mejor aunque fuese un tanto el tenor literal de las leyes que en el art. 2.056 se prevé un caso, no de novación subjetiva, sino de novación objetiva, es decir, el de que entre el heredero y el acreedor (o legatario), se hubiere convenido sustituir la prestación originaria (objeto del crédito o del legado); por otra distinta, véase Losana, *Una retta interpretazione dell'art. 2.056 del Cód. civ.* (*Foro it.*, 1912, I, pág. 1.015); Corte Enna, *L'animus novandi e l'articolo 2.056 del Cód. civ.* (*Riv. dir. civ.*, IV, 1912, I, páginas 808 y siguientes); las premisas que sienta este último autor son inaceptables por oponerse al sistema sucesorio de nuestro Código y también lógicamente sus conclusiones en favor de una novación subjetiva.

bles; variará también el modo de ejercitar dicha acción, según los casos. Respecto a los inmuebles la ley, utilizando el registro hipotecario, provee a la publicidad de la vinculación mediante inscripción a título de separación de patrimonios del crédito o del legado sobre cada uno de los inmuebles comprendidos en la herencia, con formalidades casi idénticas a las de una inscripción hipotecaria ordinaria (art. 2.060), y añade que todas las disposiciones concernientes a las hipotecas son aplicables a la vinculación derivada de la separación de patrimonios regularmente inscrita sobre inmuebles de la herencia (art. 2.065).

Respecto a los bienes inmuebles, precisa una demanda judicial (art. 2.059) para que aquéllos se depositen o secuestren judicialmente a fin de evitar su destrucción o enajenación.

La vinculación, por tener eficacia retroactiva, afecta incluso a los bienes enajenados por el heredero, pero de modo distinto, según que éstos sean muebles o inmuebles. Respecto a estos últimos, toda enajenación efectuada por el heredero, toda hipoteca por éste constituida, aunque inscrita antes, deben considerarse como no verificada o constituida relativamente a los acreedores separatistas (art.

principio del art. 707 que impide su persecución cuando se hallan en poder de terceros, no pudiendo, por tanto, tener lugar la separación sino en cuanto a su precio que aún se deba (artículo 2.061).

Finalmente, debe ejercitarse, en todo caso, dentro del término perentorio de tres meses, a contar desde el día de la apertura de la sucesión (art. 2.057); este término es de caducidad, no de prescripción; una vez vencido, no admite prórrogas ni otros remedios (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—El beneficio de inventario es el concedido por la ley al heredero, para que no se produzca la confusión de su patrimonio con el del causante.

Hay que distinguir un beneficio de inventario legal, establecido para proteger intereses de menores, incapacitados o pobres (art. 992, §§ 2.º y 3.º) de otro voluntario que puede utilizar el heredero, aunque se lo hubiese prohibido el causante (art. 1.010).

Ya hemos indicado (nota al § 127) la forma de verificar la aceptación con este beneficio (artículos 1.011 y 1.012), debiéndose también manifestar al Juez competente que va a utilizarse, teniendo para ello el he-

redero los plazos que, en distintos supuestos, señalan los artículos 1.014 a 1.016.

A la aceptación a beneficio de inventario ha de preceder o seguir un inventario de los bienes de la herencia (art. 1.013), y si hubiese de hacerse después de aceptada la herencia, comenzará en los treinta días siguientes a la citación de acreedores y legatarios, y terminará dentro de sesenta, a contar desde el día en que se inició, siendo responsable el heredero, del incumplimiento de plazos y solemnidades (artículos 1.017 y 1.018).

Mientras se forma el inventario y hasta que no estén pagados, los acreedores y legatarios (quienes no pueden reclamar el pago durante el plazo de formación), está la herencia en administración y representados todos los derechos y acciones de ésta por el administrador (artículos 1.025 y 1.026) quien satisface primero los créditos contra la herencia o los acreedores y luego los legados fijándose la preferencia entre aquéllos por la del crédito si fuere conocido y si no por el orden de presentación (artículos 1.027 y 1.028). Puede llegarse a la enajenación de bienes por el administrador (1.030) y si no fueren suficientes para satisfacer todos los créditos y legados, rendirá aquél cuenta a los acreedores y legatarios que no cobraron íntegramente (1.031), conservando los acreedores su derecho frente a los legatarios que percibieron el legado, cuando no hubiesen recibido totalmente el importe de su crédito (1.029).

El efecto principal del beneficio de inventario, es el ya indicado, de no producir la confusión de patrimonios, no quedando obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de la misma y conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviese contra el difunto (art. 1.023); en su consecuencia, una vez satisfechos los créditos y los legados al heredero se le entregará el remanente de la herencia (art. 1.032) rindiéndole cuentas el administrador, mas dicho remanente puede ser retenido en virtud de reclamación de los acreedores particulares del heredero (1.034).

El derecho a deliberar, es otro beneficio concedido al heredero—bien que su utilidad sea escasa—por el que después de formado el inventario, tiene un plazo de treinta días para manifestar si acepta o no la herencia y durante el cual puede considerar si le conviene o no la aceptación (artículo 1.019), que puede hacer pura y simple o a beneficio de inventario.

§ 131.—*El derecho de acrecer*

Brugi, *Ist.*, § 114; Pacifici, *Ist.*, VI, páginas 652, 868; Chironi, *Ist.*, II, § 446; Zachariae, *Man.*, IV, § 736; Planiol, *Traité*, III, números 2.859 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 603, 604, 644, 645.

Ya dijimos que las relaciones jurídicas hereditarias experimentan una notable complicación cuando son llamadas a la herencia varias personas; en efecto, en este caso, no sólo brota la exigencia de una especial regulación de las relaciones jurídicas entre coherederos, si que resultan también complejas las del heredero con los terceros. Ante todo, respecto a las primeras, habrá que tener en cuenta el llamado derecho de acrecer (*ius accrescendi*) (1).

Cuando varias personas son llamadas, no sucesiva, sino simultáneamente a una misma herencia, puede ocurrir; que el llamamiento se limite para cada llamado a una cuota determinada y fija, de modo independiente, o que se éxtienda tal llamamiento al todo para cada uno, de modo que este todo sólo se fracciona por el concurso de varios llamados (*partes concursu fiunt*).

Ahora bien, si uno de los llamados conjuntamente falta, la porción vacante de éste, mientras en el primer caso se atribuye a los llamados sucesivamente (al sustituto en la sucesión testa-

(1) Baumeister, *Das Anwachsungsrecht unter Miterben nach. rom. Recht.*, 1929; Mayer, *Das Recht. der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrechte und bei den Legaten oder Fideicommissen*, 1845; con referencia exclusiva a los legados: Schneider, *Das altcivile und justinianische Anwachsungsrecht. bei den Legaten*, 1827; Hauthuille, *Essai sur le droit d'accroissement*, 1834; Glasson, *Du droit d'accroissement*, 1862; Van Weiter *Droit d'accroissement entre collègues*, 1866; De Cillis, *Del diritto d'accrescere sec. la dottrina rom. compar. col. Cód. civ. it.* *Arch. Giur.*, XXIII, 1879, páginas 107 y siguientes); Cannada Bartoli, *Diritto di accrescere* (en *Enc. Giur.*); Re, *Accrescimento* (en *Dig. it.*); Bortolan, *Del diritto di accrescere* Rocca S. Casciano, 1914; Brunetti *Diritto d'accrescimento fra coeredi e distribuzione di parti ereditarie* (en *Scritti giur. varii*, páginas 168 y siguientes; Turín, 1915).

mentaria o a los herederos legítimos si no hubiere sustitución; a los herederos de grado subsiguiente en la sucesión legítima), o a sus descendientes, cuando se dé el derecho de representación; en el segundo caso acrece a los coherederos.

El derecho de acrecer es, pues, la facultad que tiene cada uno de los coherederos llamados conjuntamente, sin atribución de partes, de apropiarse la cuota del coheredero que falta, por no querer o no poder serlo; se explica esto teniendo en cuenta que, dada tal forma de vocación, como cada llamado es en abstracto sucesor del todo, aunque en concreto sufra una limitación por la concurrencia de los demás, tal limitación cesa cuando no hay concurso. Esto ha hecho decir a algunos que el derecho de acrecer es más bien un derecho de no decrecer; y, en efecto, el hecho de quedar vacante una cuota no determina una adquisición nueva en el heredero o en los coherederos que quedan, sino que hace mayor la cuota de éstos; su adquisición de la cuota mayor depende siempre, en último término, de la vocación originaria (1), lo cual explica que el heredero con derecho de acrecer no tenga necesidad de aceptar lo que por consecuencia de tal derecho adquiera; el acrecimiento tiene lugar de pleno derecho en su favor, incluso ignorándolo él.

Las condiciones y supuestos necesarios para que el acrecimiento tenga lugar son las siguientes:

a) Precisa un llamamiento de varios conjuntamente y sin distribución de partes. Puede ocurrir esto, tanto en las sucesiones legítimas, cuanto en las testamentarias. El llamamiento con-

(1) Windscheid, *Pand.*, III, pág. 225, con gran precisión formula el concepto del acrecimiento: «El derecho de acrecer—dice—se funda en el principio de que por el llamamiento de varias personas a un mismo todo, cada una es llamada en cuanto al todo y que la división entre los llamados conjuntamente surge solamente del hecho de que cada uno de ellos concurra a adquirir habiendo un solo todo; por ello cuando uno de los llamados no concurra a la adquisición el otro conjuntamente llamado recibe tanto de más, cuanto el otro deja de adquirir». Sobre la cuestión de si debe llamarse derecho de acrecer o de no decrecer, declara (página 227, n. 2. a) que la fórmula exacta del derecho de acrecer es que al llamado no se le priva de lo que tiene, o «que no se le priva de aquello que le fué concedido».

junto en las primeras tiene lugar cuando, por virtud de la ley, concurren varias personas del mismo grado (por ejemplo, hijos del causante); como el grado subsiguiente no entra a heredar sino en defecto de todos los llamados de grado anterior, la parte del que falta acrece a sus coherederos en proporción de sus cuotas (art. 946). En la sucesión testamentaria tiene lugar cuando el testador en un mismo testamento y por una sola disposición instituye varios herederos sin hacer distribución de partes entre ellos (art. 880); así, por ejemplo, si dice: «Instituyo herederos a Ticio Cayo y Mevio» (1). No hay, pues acrecimiento: 1), si los herederos son instituidos en dos o más testamentos; 2), si lo son en uno solo, pero por disposiciones distintas; 3), si las cuotas son atribuidas nominativamente, aunque tengan todas igual cuantía: «Se entiende hecha distribución de partes (declara el artículo 881) en el caso tan sólo de que el testador señale expresamente una cuota para cada llamado»; y resolviendo una vieja disputa sobre el valor de la cláusula *arquis partibus*, añade que no hay distribución de partes, y que no excluye, por tanto, el derecho de acrecer la expresión «por partes iguales» o «en iguales porciones». La parte de quien no hereda acrece a los coherederos, pues el llamamiento conjunto excluye que en el lugar del heredero que no hereda subentren los sustitutos, y si no hay, los sucesores *ab intestato* (art. 948).

(1) En Derecho romano—en el que la teoría del acrecimiento tuvo bastante mayor importancia y fué profundamente elaborada—se distinguió una triple forma de conjunción: 1), la *coniunctio re et verbis*, si el llamamiento se refiere a la misma cosa y se halla contenida en el mismo testamento y en la misma disposición (fr. 142, D. 50, 16: *Nec dubium est, quin coniuncti sint quos et nominum et rei complexus umgit veluti: «Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunt»; vel Titius eum Maevio ex partes dimidia heredes sunt*); 2), la *coniunctio re*, cuando el llamamiento se refiere a la misma cosa, pero los llamamientos son hechos en disposiciones distintas; 3), la *coniunctio verbis*, cuando varias personas son llamadas en un mismo testamento y en la misma disposición, de modo que la conjunción es meramente verbal, o mejor dicho, no es una conjunción, sino una forma concisa de hacer varios llamamientos (*non tam coniunxisse quam celerius dixisse videatur*, fr. 67 [66], D. 28, 5). La del art. 880 sería *coniunctio re et verbis*.

b) Es preciso también que haya una porción vacante, es decir, que no haya adquirido el coheredero. Queda vacante una parte cuando uno de los llamados conjuntamente renuncia (artículos 879, 946, 948), o premuere al de *cuius* (artículos 879, 890), o es incapaz (artículos 879, 890, 723, 764), o no se cumple la condición bajo la cual fué instituído (artículos 858, 859, 884).

c) Se requiere, finalmente, que no quepa el derecho de representación, por el cual (como veremos a su debido tiempo), los descendientes de un heredero premuerto, ausente o incapaz suceden en la herencia a que éste era llamado, ocupando su lugar (artículos 729 y siguientes), pues siendo, en tal caso, el heredero que falta representado por sus descendientes, hace que deje de estar vacante la porción que a aquél correspondía (artículo 890).

El efecto que el acrecimiento produce es el de que el heredero que tiene derecho de acrecer adquiere la cuota del que no hereda, tal como a éste hubiera correspondido, debiendo soportar las cargas y cumplir las obligaciones a que estaría sujeto el heredero que no hereda (art. 882). No puede sustraerse a esto ni siquiera renunciando al acrecimiento; no siendo la cuota que se acrece algo distinto de la cuota propia, no hay otra renuncia posible por parte de quien tiene derecho de acrecer que no sea el rehusar el llamamiento todo. Pero incluso cuando no tiene lugar el derecho de acrecer, el heredero que subentra en el lugar del llamado que no hereda habrá de sufrir las cargas que graven la cuota; y esto es lógico cuando se trata de un sustituto nombrado en testamento, pues es la misma voluntad testamentaria la que llama al sustituto; puede parecer menos natural el que en defecto de sustitución se atribuya la cuota a los herederos legítimos; sin embargo, la ley, al interpretar de modo general la voluntad del testador, declara que los herederos legítimos están sujetos a las mismas cargas y obligaciones que se impusieron al heredero que no hereda (art. 883, párr. 1.º).

Como en las relaciones entre coherederos, a las que tienen lugar entre colegatarios se aplica también el derecho de acre-

cer (1). Pero aquí no es indispensable una *coniunctio re et verbis*; basta una *coniunctio re tantum*. Puede haber lugar al acrecimiento entre colegatarios, tanto en el caso en que una misma cosa ha sido legada a varias personas por una misma disposición, como aquel en que dicha cosa es legada en virtud de disposiciones separadas. Así, textualmente, el art. 884 declara que una parte queda vacante cuando alguno de los legatarios premuera al testador o renuncie al legado, sea incapaz o no se cumpla la condición bajo la que le fué hecho el legado. La porción vacante acrece a los demás colegatarios, y análogamente a lo que ocurre con la herencia, también aquí los colegatarios a quienes acrece quedan sujetos a las obligaciones y cargas a que hubiera venido sujeto el legatario que no recibe el legado (art. 887).

Si el derecho de acrecer no tiene lugar, la porción vacante aprovecha a todos los herederos proporcionalmente a sus respectivas cuotas

legado; cuando dicho legado se hubiere hecho a cargo de un heredero o de un legatario, la porción vacante se atribuirá al heredero o legatario gravado.

En el caso del legado de usufructo hecho a varias personas, rige una norma especial: la ley declara que la parte del legatario que falta acrece siempre a los supérstites, aun cuando falte aquél después de aceptado el legado (art. 885). No se aplica, por tanto, el principio de que el acrecimiento no tiene lugar si el llamado conjuntamente llega a adquirir; para que se aplicase su parte debiera transmitirse a sus herederos, lo cual está excluído por la naturaleza temporal del usufructo. Por otra parte, no se produce en seguida la consolidación del usufructo con la nuda propiedad, como debiera ocurrir según las normas comunes; y ello porque el derecho de goce, al legarse como un todo, debe corresponder por el todo a cada uno; así que el derecho de los demás prevalece sobre el del nudo propietario. La consolidación tiene, pues,

(1) El lugar adecuado para tratar de esto sería más adelante al exponer la teoría de los legados. Nos ocupamos aquí también por la íntima conexión en que están las normas del acrecimiento en la herencia y en los legados.

lugar solamente cuando no se da el derecho de acrecer (art. 885, párrafo 1.º) (1).

(1) Véase Barassi, *Il dir. d'accresc. nel legato di uso e di abitazione* (*Foro it.*, 1889, I, páginas 650 y siguientes).

NOTA DEL TRADUCTOR.— Tanto en la sucesión legítima (art. 981) como en la testamentaria (art. 982), tiene lugar el derecho de acrecer. A ambas es común que sólo cabe entre herederos forzosos cuando se refiera a la parte de libre disposición, pues en cuanto a la legítima, heredan por derecho propio (art. 985). Mas para que nazca el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria, se requiere que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a la misma porción de ella, sin designación de partes y que uno de los llamados muera antes que el testador o renuncie a la herencia o sea incapaz de recibirla (art. 982), entendiéndose hecha la designación de partes cuando el testador haya determinado expresamente una cuota para cada heredero y no cuando emplee las frases: «por mitad», «por partes iguales» u otra análoga (art. 983) y si no cupiere el derecho de acrecer en la sucesión testamentaria, se abrirá en cuanto a la parte renunciada, la sucesión legítima, recibiendo la los herederos de esta índole, con iguales carga y obligaciones (art. 986).

El efecto del derecho de acrecer, es subrogar al heredero a quien acrezca la herencia en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla (art. 984). Este derecho de acrecer tendrá lugar también entre los legatarios y los usufructuarios (art. 987).

§ 132.—*Comunidad hereditaria y división*

Brugi, *Ist.*, §§ 115, 116, 118; Pacifici, *Ist.*, VI, páginas 701, 734, 742; Chironi, *Ist.*, II, §§ 450-451; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 630-636, 645-647; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 621-626, 635-637; VIII, §§ 728-734; Planiol, *Traité*, III, números 2.315 y siguientes, 3.384 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, § 608.

Comunidad entre coherederos.—En la sucesión en que hay varios llamados se origina entre éstos una comunidad (art. 1.000) que comprende todas las relaciones jurídicas que componen la herencia: todo elemento patrimonial activo o pasivo corresponde a los sucesores. Del estado de comunidad se sale mediante la división.

Desde el más antiguo Derecho romano se admitió que los créditos y deudas hereditarias se sustraían a este estado de comunidad y dividían *ipso iure* entre los herederos proporcionalmente a sus cuotas hereditarias (*nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt*). La comunidad es, en efecto, por su naturaleza un estado indeseable, por los litigios que puede originar; por otra parte las obligaciones, activa o pasivamente, es decir, como créditos o deudas, son, por regla general, divisibles; así que no precisa mediante la acción de división proceder a fraccionarlas. Puede, pues, cada uno de los herederos, antes de la división, cobrar su crédito o a sufrir la acción por su deuda en la medida correspondiente a su cuota.

No solamente las cargas y gravámenes del difunto, si que también toda otra carga o gravamen de la herencia, como legados, gastos de sucesión, etc., se distribuye entre los coherederos en proporción a sus cuotas (art. 1.027).

Esta responsabilidad, proporcional a la cuota, se concilia perfectamente con el principio de la responsabilidad ilimitada que asume el heredero puro y simple frente a sus acreedores, pues en la medida en que el débito grava sobre cada coheredero éste responde incluso con sus bienes personales, sean o no suficientes los bienes hereditarios que integran la cuota (art. 1.029).

Sin embargo, la división del débito hereditario entre los coherederos puede no verificarse por varias causas: principalmente cuando por la naturaleza de la prestación o por disposición legal la obligación sea indivisible. Otra de las causas es la voluntad del difunto, cuando éste dispone que la deuda grave sobre uno solo o alguno de los coherederos (art. 1.027). Lo mismo ocurre cuando se trata de una deuda hipotecaria, en el caso de que el fundo gravado con la hipoteca corresponda a uno solo o a algunos solamente; estando, como están, todos los herederos personalmente expuestos, en cuanto a su cuota, a la acción personal del acreedor, si se trata de acción hipotecaria, responde total y exclusivamente aquel a quien sea atribuido el fundo hipotecado (artículos 1.028 y 1.029). La responsabilidad de uno por el todo cuando se trata de acción hipotecaria es una necesidad que se impone al acreedor; en el caso anterior, la disposición del testador ordenando que recaiga en uno solo la obligación de realizar una determinada prestación, no obliga al acreedor, que puede accionar contra todos, es decir, contra cada uno por su cuota.

Ya se trate de obligación indivisible de disposición del testador o de acción hipotecaria y siempre que uno de los herederos hubiere pagado la totalidad, subsiste el principio de la responsabilidad proporcional; el desequilibrio producido por la *solutio* cesa mediante la acción de reembolso concedida a quien pagó contra los otros, para que contribuyan proporcionalmente. No procede la acción de reembolso cuando el testador ordene, no ya que uno de los coherederos pague la totalidad, sino que soporte efectiva y definitivamente la carga o gravamen de la totalidad. Cuando dicha acción es procedente, con ella se exige la parte correspondiente a cada heredero, aun cuando quien hubiese pagado se hubiese hecho subrogar en los derechos del acreedor (art. 1.030). Si uno de los coherederos es insolvente, sin cuota de débito hipotecario, se distribuye proporcionalmente entre los demás (art. 1.031). Esto no sucede en los demás casos de insolvencia: si uno de los herederos es un insolvente, no por ello acrece su débito a los demás en proporción de sus cuotas, pues en virtud del principio de que cada uno responde del débito en

la medida de su cuota, es una necesidad jurídica que sea el acreedor quien soporte tal insolvencia. Del mismo principio deriva el otro efecto de que si el heredero es acreedor del difunto, la extinción del crédito por confusión tiene lugar en la medida de su cuota hereditaria; porque sólo por su importe es heredero sólo en la medida en que lo es, tiene obligación de pagar la deuda.

Abstracción hecha de las deudas en los demás respectos, la comunidad hereditaria es regida por las normas expuestas en otro lugar sobre la comunidad en general (vol. I, párr. 51) (1).

División hereditaria (2).—Se sale de la comunidad por la división. Tiene derecho a demandar ésta cualquier coheredero, quien en cualquier momento puede ejercitar la correspondiente acción, salvo las excepciones previstas en el art. 681 (pacto de indivisión por tiempo no superior a diez años) y en el 984 (disposición del testador en la que se ordene permanecer en comunidad no más allá del año en que el menor de los instituidos cumpla la mayor edad); están autorizados para pedirla en nombre del heredero los acreedores de éste cuando quisieren proceder ejecutivamente contra los bienes en que hubiere sucedido (artículo 2.077). No hay caducidad ni prescripción extintiva del derecho a pedir la división (3). Precisaría para su pérdida que uno de los herederos hubiese gozado separadamente de los bienes hereditarios mediante posesión apta a determinar la prescripción adquisitiva de los bienes de los otros, es decir, mediante posesión *animo domini* legítima; en este caso, el derecho en los demás a pedir la división se perdería, no ya por prescripción extintiva, sino como consecuencia de la adquisición hecha por uno de los coherederos de los bienes de los demás. En los demás casos, el haber gozado separadamente de los bienes hereditarios no basta a privar a los demás de su derecho (art. 985).

La división puede ser amistosa o judicial; a este propósito

(1) Sobre esto véase la bibliografía allí citada y el amplio estudio de Ramponi, *Della comunione di proprietà e comproprietá* (en la colección de Fiori), Turín 1922.

(2) Carabellése, *Divisione hereditarie* (en *Enc. Giur.*).

(3) Leoni, *La prescrizione del coeredere del condomino e l'interversione del possesso* (*Riv. dir. civ.*, XIII, 1921, páginas 1.^a y siguientes).

habrá que recordar los principios expuestos en lugar oportuno para la disolución de la comunidad.

Operaciones previas de la misma son la formación de la masa y la estimación de los bienes (1). Por la primera se consigue que todos los elementos activos y pasivos del haz hereditario se reúnan, aun cuando no existan o no se hallen en posesión de los herederos; es más, aun los elementos que definitivamente hubieren salido del patrimonio son en él reingresados ficticia o realmente para establecer cual sea el patrimonio completo en el que deben hacer recaer las operaciones divisionarias o para fijar la cuota disponible, y, consiguientemente, las de los derechohabientes a la reserva; a esto se refieren las instituciones de la reunión ficticia, colación y otros de los que se hallare en el párrafo siguiente. Mediante la estimación se valoran los bienes hereditarios con arreglo al valor que tengan en el momento de la división con sus aumentos y disminuciones para dar homogeneidad a bienes de naturaleza diversa, como un inmueble y un crédito, una suma de dinero y una servidumbre.

Por tanto, dispuesta la venta de los bienes muebles que hubieren sido secuestrados por los acreedores o cuya venta hubiere sido acordada por la mayoría de los coherederos para el pago de deudas y cargas hereditarias (art. 987), vendidos los inmuebles que no sean susceptibles de cómoda división (art. 988) (2) se procede a la división efectiva de la masa.

La Autoridad judicial, cuando no sea posible una división amistosa, remite a las partes a un Juez delegado o a un Notario;

(1) Brezzo, *La massa hereditaria e il suo reparto nei casi dubbi d'imputazione*, Turín, 1894; Ranelletti, *La massa hereditaria*, Milán, Vallardi.

(2) El sentido que debe atribuirse a la frase «cómoda división», no es el de que todo inmueble sea divisible en fracciones y que las fracciones correspondan exactamente a las cuotas hereditarias. Si la norma se interpretase de este modo, habría casi siempre que proceder a la venta por la rareza de los casos en que los inmuebles pueden fraccionarse del modo dicho. Hay cómoda división también, cuando las partes tengan valor distinto del de las cuotas, pues para igualar éstas sirven las compensaciones; división cómoda es igualmente aquélla en que un inmueble no fraccionable, es incluido todo él en una cuota y en otra, otro u otros inmuebles.

en presencia de éstos se procede a la rendición de cuentas entre los copartícipes, se forman los estados activo y pasivo de la herencia, se fijan las respectivas porciones hereditarias, así como las compensaciones y reembolsos que deban abonarse entre sí los copartícipes (art. 990), previa aportación de lo que a cada uno de ellos hubiere sido donado (*colación de donaciones*) y de las sumas debidas a la herencia por ellos (*colación de deudas*) (artículo 991); y cuando la colación no se haga en especie, previa percepción por aquellos a quienes la colación es debida, de una porción igual obtenida de la masa hereditaria, procurándose que tal percepción sea de objetos de la misma naturaleza y calidad que aquellos que no fueron aportados (art. 992).

Hechas estas percepciones y las demás detracciones que procedan, se forman los lotes, es decir, se fijan tantas partes iguales cuantos sean los coherederos y estirpes copartícipes (art. 993), obrando de modo que en cada lote entren en igual proporción bienes muebles e inmuebles, derechos o créditos de igual naturaleza y del mismo valor (art. 994).

Estos lotes son sorteados entre los copartícipes, evitándose de este modo toda contienda entre los interesados por causa de su distribución (art. 996). Cuando las cuotas sean desiguales, debiendo ser los lotes de diverso valor, no puede adoptarse el sistema del sorteo si no se prefijan modos compensatorios que determinen la igualdad de trato dentro de la desigualdad de las cuotas. Preferible a éste es el sistema de la atribución por el cual se asigna a cada coheredero un lote correspondiente a su cuota hereditaria. Se remite, sin embargo, al prudente arbitrio del Juez el decidir de la adopción de uno u otro sistema o de los dos en parte (art. 96, párr. 1.º).

El efecto fundamental de la división es el de que cada coheredero sea reputado sucesor exclusivo e inmediato de los bienes todos que integran su cuota o que adquirió por efecto de subastas celebradas entre coherederos, estimándose al mismo tiempo que jamás tuvo la propiedad de otros bienes hereditarios (artículo 1.034). En esto consiste la diferencia más esencial entre la división romana y la moderna: la primera tenía valor traslati-

vo y atributivo de los bienes, de modo que cada copartícipe era considerado como causahabiente de los demás; la moderna (hereditaria o de otra especie) tiene simple valor declarativo y cada copartícipe trae causa directa y exclusivamente del precedente propietario del todo. Pero el principio moderno que en Francia introdujo el feudalismo no es más que una ficción, o, si se prefiere, el modo de significar que la división tiene efecto retroactivo; la atribución de los bienes singulares integrantes de la cuota se retrotrae por la ley al día en que la comunidad se originó, y si se trata de comunidad hereditaria al día de la apertura de la sucesión.

De esto derivan consecuencias importantes: los actos dispositivos efectuados por cada uno de los comuneros respecto a una u otra cosa común, las enajenaciones hechas por él, las hipotecas y servidumbres constituídas, etc., subsistirán o se resolverán según que la cosa singular a que se refieren tales actos resulta o no incluida en la cuota del que verificó el acto; por lo que se refiere a los derechos fiscales, no está sujeta la división a la tasa de transmisión y sí a una especial distinta (1). Su carácter meramente declarativo, no atributivo de la propiedad, no ha cambiado luego que la ley sobre la transcripción impuso que las divisiones inmobiliarias fuesen transcritas y que constasen en documento público; esta formalidad se ordena para hacer más completo el sistema de publicidad de los derechos reales inmobiliarios, sin que ello afecte a la naturaleza intrínseca del acto.

(1) Esto rige en materia fiscal siempre que las cuotas materiales correspondan exactamente a las cuotas ideales, no cuando hubiere diferencia entre la cuota ideal y la material y esta diferencia se anula merced a compensaciones o mayores atribuciones (l. 20 Mayo 1897 sobre el registro artículos 35 y 36). De estas disposiciones que sientan un principio opuesto al del Código, la Casación de Roma en sentencia de 18 de Diciembre de 1915 (*Giur. it.*, 1916, 1, pág. 5), ha querido deducir la consecuencia de que a los efectos civiles la retroactividad de la división debe entenderse limitada al caso de perfecta ecuación o correspondencia de las cuotas real e ideal; por la diferencia en cambio, se daría una verdadera enajenación. Esta doctrina errónea ha sido agudamente combatida por Coviello, *Il carattere dichiarativo della divisione* (*Giur. it.*, 1916, VI, páginas 1.^a y siguientes).

La división, por tender a hacer concreta la cuota ideal de cada partícipe, debe atribuir a éstos los bienes en la medida que les sea debida, asegurando el libre y pleno goce de los mismos. A esta finalidad tienden la institución de la garantía de las cuotas y la de la rescisión por lesión.

La garantía por evicción es un deber que incumbe a cada partícipe frente a los demás para asegurar la igualdad de trato; toda pérdida o carga que el partícipe sufra en los bienes de su cuota por efecto de causas anteriores a la división deben ser proporcionalmente reparadas por los demás, pues de otro modo éstos obtendrían más que el copartícipe que hubiese sufrido evicción o estado de ésta (artículos 1.035, 1.036). Incumbe a todos proporcionalmente a sus cuotas, incluyendo también en ellos al que sufrió evicción; y si uno de los coherederos no es solvente, la parte porque éste resulta obligado debe ser distribuída entre la parte garantizada y todos los demás coherederos solventes (art. 1.036). Para asegurar esta obligación se concede una hipoteca legal (art. 1.569, núm. 2.º). No se prohíbe a los copartícipes estipular una cláusula expresa en la que se exonera de este deber de garantía en determinados casos de evicción; es también de razón que cese este deber si el coheredero sufriese la evicción por culpa propia (art. 1.035).

La acción de rescisión por lesión es un medio especial para impugnar la división, que corresponde a lo que representa la misma acción en la compraventa; así como en ésta se admite la rescisión si el vendedor de inmuebles ha sido lesionado en más de la mitad, así también en la división todo partícipe puede ejercitar dicha acción si fué lesionado en más de una cuarta parte (art. 1.038). Hay lesión cuando el conjunto de bienes asignados a un copartícipe es inferior en más de un cuarto al valor que le es debido; se comprueba esto estimando los objetos por el valor que tuvieron al tiempo de la división (art. 1.041), abstracción hecha de los aumentos o disminuciones que hubieren experimentado después de aquélla. Pero si en la división se hubiere omitido algún objeto de la herencia, no puede hablarse de lesión ni precisa la rescisión; procederá, sí, una división suplementaria

respecto a la cosa indivisa (art. 1.038). La acción es ejercitable en cualquiera especie de división; es más, el Código añade que cualquiera que sea la calificación del acto, es decir, ya sea venta, permuta, transacción, siempre será impugnabile si tiene por objeto el que cese la comunidad. Se excluye tan sólo la transacción que hubiere tenido por objeto resolver las dificultades derivadas de una división ya hecha, aun cuando la transacción tuviere lugar antes de haberse iniciado un litigio (art. 1.039). También se exceptúa el acto por el que uno de los coherederos hubiere vendido a los demás, a riesgo y peligro de éstos los derechos o créditos hereditarios (art. 1.040).

El ejercicio de la acción implica la necesidad de que, rescindida la división, se proceda a otra nueva. Pero la rescisión no es una consecuencia absolutamente necesaria; en efecto, la ley otorga a aquel contra el que se promueve la acción la posibilidad de obstaculizar su curso e impedir una nueva división, abonando al lesionado el suplemento de su cuota en dinero o en especie (artículo 1.042).

División por el ascendiente entre los descendientes (1).—En íntima conexión con la comunidad hereditaria, aunque tendente, no ya a disolver, sino a impedir la comunidad de coherederos, evitando las contiendas que entre éstos pudieran surgir, se nos aparece la división hecha por el ascendiente entre sus descendientes. «El padre, la madre, los demás ascendientes—así reza el art. 1.044—, pueden dividir y distribuir sus bienes entre sus hijos y descendientes, comprendiendo en la división incluso la parte no disponible».

(1) Genty, *Des partages d'ascendants*, 1850; Bonnet, *Traité prat. des partages d'ascendants*, 1874; Polacco, *Della divisione operata da ascendente fra discendenti*, Padua, 1885; Castellini, *Dell'indole giur. della divisione fatta dagli ascendenti* (*Arch. Giur.*, III, 1869, páginas 723 y siguientes); Bonelli, *Il concetto giuridico della divisione dell'ascendente per atto tra vivi* (*Foro it.*, 1897, I, pág. 573); *La composizione dei lotti nella div. dell'eredita fatta dall'ascendente* (*ib.*, 1898, I, páginas 1.257 y siguientes); Belotti, *Divisione degli ascendenti fra i discendenti* (*Dig. it.*); Rabel, *Elterliche Teilung* (*en Fest. schr. zur. 49 Versamml. dent. Phil.*, Basel, 1897, páginas 521 y siguientes y las notas bb, cc, dd, ee, de Venzi in Pacifici, *Ist.*, páginas 800 y siguientes).

Tal institución, que reconoce su origen en la *divisio parentum inter liberos* del Derecho romano, tiene características singulares y una estructura híbrida; en tanto una persona atribuya a otras un conjunto de bienes, puede distribuir éstos entre aquéllas, y la división del ascendente determina de modo definitivo y universal una división entre los futuros llamados, pudiendo ser objeto de ésta incluso la cuota de reserva, que en los demás casos se sustrae a todo acto de disposición del de *cuius*; por otra parte, no solamente puede verificarse mediante un acto *mortis causa*, es decir, por testamento, si que también por actos *inter vivos*, es decir, en una donación (art. 1.045); puede decirse que no es exclusiva de la sucesión hereditaria, aunque en la mayoría de los casos a ésta provea. Así, pues, esta división ofrece aspectos y produce efectos distintos, según tenga lugar en unos u otros casos; si se hace en testamento, es como está libremente revocable; si tiene lugar con ocasión de la donación, es una verdadera y propia liberalidad y atribuye definitivamente los bienes descendientes, sin que pueda revocarse (1).

El fundamento jurídico y propio de la institución es el poder y aptitud que debe reconocerse en el ascendente para disponer de su patrimonio y distribuirlo entre los hijos y descendientes del modo más justo y equitativo; haciendo lotes y asignándolos convierte en concreta la cuota ideal de cada uno de los llamados; nadie mejor que el ascendente para conocer y satisfacer los deseos y necesidades de los descendientes para confiar a los más capaces los bienes cuya administración requiera más aptitudes para evitar las contiendas que el estado de comunidad y la división judicial ocasionan y el excesivo fraccionamiento de la propiedad; si la división se verifica en acto *inter vivos* puede servir para liberar al ascendente de una administración que a menudo le es gravosa y para adiestrar en ello a los descendientes. Este sistema no evita las preferencias de que pueda el padre hacer objeto a uno u otro de los hijos, ni el trato desigual en la

(1) Losana, *Differenze tra la divisione d'ascendente per atto tra vivi o per testamento* (Rolandino, 1906, pág. 49).

distribución (1); pero ello no constituye motivo para negar a la institución su utilidad.

El poder de división en el ascendiente no carece de límites. No es preciso que la división comprenda todos los bienes (2); puede ser parcial, y en cuanto a los bienes que no fueren distribuidos por el ascendiente, se les aplicará la división legal (artículo 1.046); respecto a la división hecha en acto *inter vivos*, sólo podrá referirse a los bienes presentes (art. 1.045). Habrán de tenerse en cuenta todos los hijos llamados a la sucesión, y si alguno hubiere premuerto, sus descendientes; la división en que fuese preterido uno de ellos (viviese ya o hubiese sobrevenido) es totalmente nula y puede ser impugnada por el preterido y por los demás al abrirse la sucesión (art. 1.047). Aun cuando el ascendiente puede incluir en la división la parte indisponible (lo que significa una grave excepción al principio de la intangibilidad de la cuota de reserva), la integridad de la reserva debe ser respetada, y si hay lesión de la misma, la división podrá ser impugnada y anulada (art. 1.048). Finalmente, cuando hubiere tenido lugar en actos *inter vivos*, podrá ser objeto de rescisión, por lesión, en más de la cuarta parte (art. cit.). Para que los hijos procedan con prudencia en impugnar la voluntad paterna y tendiendo al máximo respeto de ésta, dispone la ley que el hijo

(1) La mayoría de los autores admiten que el padre, al hacer la división, no está obligado a observar rigurosamente el principio sentado por el art. 994; en contra, por ejemplo. Pacifici, *Ist.*, páginas 735, 737; Venzi *ib.*, pág. 809, notas ff. ¿Es también requisito de esta división, que los bienes sean cómodamente divisibles? En sentido afirmativo, Losana, *La divisione inter liberos e i beni non comodamente divisibili* (*Foro it.*, 1923, I, páginas 233 y siguientes). No creo que el principio pueda enunciarse de modo tan tajante; si un padre asigna a un hijo el único inmueble que tiene y al otro un crédito a cargo del anterior, la división sería nula, porque el segundo nada conseguiría de los bienes. En otros casos, la no cómoda división, forzará al ascendiente a hacer la *divisio*.

(2) De todos modos, los comprenda o no los comprenda, todos los bienes no pueden ser otros que los propios del ascendiente; sería, pues, nula la división que comprendiese bienes ajenos y lo sería totalmente. Caradonna, *Nullità di divisione di ascendente e condizione di non impugnare il testamento* (*Foro it.*, 1922, I, páginas 845 y siguientes).

que impugna la división debe anticipar los gastos de estimación, y si sucumbe en el juicio definitivo será condenado en estos gastos y en las costas del pleito (art. 1.049) (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—La coexistencia de varios herederos determina un régimen de comunidad en los bienes de la herencia, en el que ningún heredero puede ser obligado a continuar, salvo prohibición del testador y aun mediando ella si surge alguna de las causas que determinan la disolución de la sociedad (artículos 1.051 y 1.700).

El medio de salir de la comunidad hereditaria es la partición, mas ésta puede estar ya hecha por el testador (art. 1.056) o haberla encomendado a cualquier persona no heredero (art. 1.057). Fuera de estos supuestos, todo heredero que tenga la libre disposición de sus bienes puede pedir la partición (art. 1.052) y con las limitaciones establecidas los herederos bajo condición (art. 1.054), la mujer casada (art. 1.053) y los menores e incapaces (art. 1.052, § 2.º). También puede pedirla el heredero del heredero (art. 1.055) los que pueden promover el juicio de testamentaria (art. 38 de la ley de Enjuiciamiento civil) y los acreedores particulares del heredero (art. 1.111).

Para la práctica de la partición puede recurrirse a la intervención judicial, en la forma establecida por la ley de Enjuiciamiento (art. 1.059) o verificarla por sí los herederos (art. 1.058), necesitándose la aprobación judicial cuando intervengan menores no representados por sus padres (artículo 1.060), opinando contradictoriamente el Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros, sobre la necesidad de este requisito cuando el menor esté sometido a tutela.

En toda partición ha de guardarse la posible igualdad al formar los lotes (art. 1.061), habiendo de tenerse en cuenta las normas sobre caso de indivisibilidad de la finca, rentas y frutos, gastos de partición, titulación y retracto entre coherederos (artículos 1.062 a 1.067), así como las dictadas sobre pagos de las deudas hereditarias (artículos 1.082 a 1.087).

El efecto de toda partición es conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (art. 1.068), estando obligados a la evicción y saneamiento recíproco de los bienes que se les adjudican, en proporción a su haber hereditario (artículos 1.069 y 1.071), salvo en las causas señaladas en el art. 1.070.

La partición, que como todo otro contrato puede ser nula o anulable—lo es además por haber sido hecha con quien se creyó heredero sin serlo (art. 1.081). Así como además de las causas que originan la rescisión de los contratos (art. 1.073), puede rescindirse por lesión en más de la cuarta parte atendiéndose al valor de las cosas al hacerse la adjudicación (art. 1.074; más el heredero puede optar entre la rescisión o una indemnización (art. 1.077), no procediendo la acción rescisoria, si el heredero fué preterido sin dolo ni mala fe (art. 1.080), si hubiese enajenado todos o parte de los inmuebles que le fueron adjudicados (1.078) o si se hubiesen omitido alguno o algunos objetos o valores de la herencia (artículo 1.079) o se hubiese prescrito la acción, por transcurso de cuatro años desde el día de la partición (art. 1.076).

§ 133.—*Colacion e imputacion*

Brugi, *Ist.*, §§ 115, 117; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 659; Chironi, *Ist.*, II, §§ 451-452; Zachariae, *Man.* IV, §§ 637-644; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 626 bis-634; Planiol, *Traite.*, III, núm. 2.203; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 609, 610 (1).

Momento y operación de grande importancia en la división de la herencia es la colación. Debemos ahora exponer sus normas juntamente con las de la imputación, que es también una institución sucesoria, advirtiendo que toda esta materia es de las más arduas, por su intrínseca dificultad y por la imprecisión del lenguaje de que tan frecuentemente adolece el propio legislador.

La institución de la colación—cuyo origen histórico hay que buscar en la *collatio bonorum* y en la *collatio dotis* del Derecho romano, aunque su función, requisitos y regulación difieran profundamente de aquél en el Derecho italiano—, responde a la exigencia de la igualdad de trato de los hijos o descendientes del difunto. Colación es la obligación y correlativamente el derecho que liga a los herederos y descendientes llamados a la sucesión del mismo ascendiente, en cuya virtud los donatarios deben aportar a la masa a dividir las donaciones que les hubieren sido hechas por el difunto. «El hijo o descendiente—dispone el artículo 1.001 que es fundamental en el Código—, que suceda, aun con beneficio de inventario, en concurrencia con sus hermanos y hermanas o con los descendientes de éstos, deberá conferir a sus coherederos todo lo que ha recibido del difunto por donación directa o indirectamente, a no ser que el propio difunto les hubiera exceptuado de esta obligación».

La idea en que se inspira esta institución es la de que al donar el ascendiente en vida a sus hijos o descendientes quiso an-

(1) Melucci, *Tratt. teor. prat. delle collazioni ed. imputazioni sec. il C. c. it.*, Turín, 1880; Lusignoli, *Sul fondamento della collazione* (*Arch. giur.*, LI, 1893, páginas 118 y siguientes); Abello, *Contrib. alla teoria della collazione in rapporto agli eredi della disponibile*, Turín, 1907; Coviello, *La collazione dei crediti sec il. C. c. it.*, Nápoles, 1902.

ticiparles toda la porción o parte de ella que a la muerte del primero había de corresponder a los segundos, no procurarles una ventaja patrimonial sobre los demás en la sucesión. Si, en efecto, un padre dona a uno de sus hijos, y todos éstos, incluso el donatario, viniesen luego a heredar la donación efectuada, distribuyéndose entre ellos la herencia detrayendo la donación, habría un trato más favorable para el hijo donatario, que, además de una cuota igual en el haz hereditario, obtendría los bienes recibidos a título de donación. Se basa, por tanto, esta obligación de colacionar—que se aplica tanto a la sucesión legítima como a la testamentaria—, en la presunta voluntad del difunto. El afecto igual que el padre profesa a todos sus hijos y descendientes debe hacer presumir que quiso excluir toda desigualdad de trato; por tanto, la donación hecha en vida para proveer una necesidad del hijo (su colación, matrimonio, pago de deudas), debe ser traída a la masa, para dividir ésta por igual entre todos.

Esta presunción de voluntad no es absoluta, y la ley no impone, en todo caso, la igualdad de tratamiento, la cual puede ser excluída por el ascendiente y evitada por el hijo donatario. Como la institución de la colación no se basa, en nuestro Derecho, en la idea de una comunidad familiar (como ocurre en otros sistemas positivos, que excluyen por ello toda facultad de libre disposición en el padre), ya que rige el principio de una amplísima libertad de disposición en vida o a causa de muerte, con el límite único del respeto a la cuota de reserva de los legitimarios, nada impide que el ascendiente quiera tratar desigualmente a los descendientes, y que, por consecuencia, la donación hecha al hijo sea una ventaja personal de éste; del mismo modo que el padre, disponiendo un legado en favor del hijo o atribuyendo a éste una cuota hereditaria, mayor puede preferir uno a otro hijo, con tal de que no se perjudique la legítima, puede manifestar también dicha preferencia haciéndole donaciones y dispensándole de la obligación de colacionar, siempre que también se respete, en tal caso, la cuota legitimaria de los demás. Por otra parte, dándose la obligación de colacionar entre descendientes herederos, puede sustraerse a ella el hijo donatario con sólo renunciar a la heren-

cia, respetándose también en este caso la cuota legítima que bien pudiera haber sido vulnerada por la donación.

Así, pues, la colación se presenta como una institución que tiende a evitar la desigualdad entre coherederos descendientes del de *cuius*, aunque no la evite siempre y necesariamente. La diversidad de trato se evita mientras no conste una voluntad contraria del difunto. Aplicada primeramente a la sucesión *ab intestato*, en la que no aparece una voluntad testamentaria que atribuya cuotas desiguales, se extendió también a la sucesión testamentaria, ya sea que el testador llame a la herencia solamente a los descendientes por partes iguales o desiguales, ya sea que llame a éstos en concurrencia con un extraño o que llame a algunos prefiriendo a otros; pues en todos estos casos, incluso cuando el llamamiento sea por partes desiguales, nada impide que se presuma querida por el testador la igualdad en todo aquello que no sea objeto de la disposición testamentaria, esto es, nada impide presumir que en aquello que no fué ordenado por él en testamento quiso que no hubiese preferencia alguna entre los hijos y descendientes. Cuando falte una voluntad opuesta, la obligación de colacionar determiná que todos los bienes donados en vida deban traerse a la masa, la cual se forma constituyendo el haz tal como el difunto lo dejara, sin omitir los bienes que antes de su muerte hubieren por donación salido de su patrimonio; el todo así formado se distribuye entre los coherederos. La obligación de colacionar sólo se da entre descendientes y herederos recíprocamente, no frente a otros coherederos extraños o parientes; no tiene tampoco aplicación entre descendientes coherederos cuando hereden como meros legitimarios, ya que, para salvaguardar la integridad de la reserva, se da el remedio de la reducción, no el de la colación.

Con la reducción e instituciones afines de la imputación y reunión ficticia está la colación íntimamente relacionada. Para tener ideas claras será conveniente poner de relieve las diferencias, tanto más, cuanto que la misma ley a menudo tergiversa y contunde los conceptos.

La colación se distingue primeramente de la *reunion ficticia*.

Es esta una operación preliminar para la determinación de la cuota disponible y consiguientemente de la reserva en favor de los legitimarios, a fin de averiguar si las donaciones hechas por el de *cuius* se mantuvieron en los límites de la cuota disponible. Consiste (como declara el art. 822) en formar una masa con todos los bienes del difunto al tiempo de su muerte; deduciendo las deudas y sumando ficticiamente al haz hereditario los bienes donados, cualquiera que sea el donatario, justipreciados los bienes muebles por el valor que tuvieren al tiempo de la donación y los inmuebles por su estado al tiempo de la donación y su valor al tiempo de la muerte. Sobre el haz así formado se calcula la cuota disponible y se comprueba si hay lesión de la cuota de reserva por efecto de las donaciones.

Pero esta reunión es ficticia, es decir, meramente ideal, ya que sólo sirve para el cálculo y deja al donatario la plena propiedad de los bienes. Real y efectiva es, en cambio, la reunión que se verifica por efecto de la colación. Comprende aquélla las donaciones todas, incluso las hechas a extraños; se refiere ésta a las donaciones hechas en favor del descendiente y heredero. Puede ésta excluirse por el testador mediante la dispensa de colacionar, no aquélla, porque su fin es comprobar posibles lesiones de la legítima.

Comprobado que sea que el difunto dispuso más allá de los límites de la cuota disponible, se procede a la *reducción*. Están sujetos a ésta, en primer lugar, las disposiciones testamentarias (artículo 821); en defecto de éstas, o si su reducción no basta a salvaguardar la cuota de legítima, se reducen también las donaciones, comenzando por la última en el tiempo y procediendo sucesivamente por orden inverso al de sus fechas (artículos 1.091, 1.093).

Difiere, pues, de la colación por el fin, que no es otro que el de salvaguardar la integridad de la cuota de reserva y por las personas, pues corresponde a todo legitimario y es ejercitable contra todo donatario.

También es distinta la *imputación*. El Código habla y se puede hablar de ella en dos acepciones diversas. En sentido técnico

significa la obligación que incumbe al legitimario que pida la reducción de las donaciones y disposiciones testamentarias hechas por el difunto en favor de otros coherederos o de extraños de calcular cuanto ha recibido del difunto a título de donación o de legado a cuenta de su cuota legitimaria (art. 1.026). Su fundamento es que, donando o legando a un legitimario después de haber donado o legado en favor de otros, se presume que el testador quiso satisfacer con aquellas donaciones o legados los derechos del legitimario y no hacerle liberalidades que expusiesen a reducción las hechas a los demás. Su finalidad no es, por tanto, la igualdad de trato entre coherederos, sino el mantener en lo posible respetadas las liberalidades hechas a otros en testamento o donación, haciendo éstas irreductibles, siempre que la cuota de reserva del legitimario pueda completarse imputando a ella las donaciones y legados que le hubieren sido hechos. Pero en otra acepción, la imputación no es otra cosa que un modo de colacionar; la colación puede operarse trayendo la cosa en especie o calculando su valor para descontarlo de la porción (artículo 1.016), y, como veremos más adelante, la imputación en este sentido no es más que un modo de verificar la colación, de calcular los bienes colacionables.

Para mayor precisión en los conceptos habrá que recordar que, al lado de la colación que nos ocupa y muy distinta de ella, aparece la *colación de deudas* (1). Consiste ésta en la obligación de todo heredero que concorra a la sucesión con otros y que es deudor del difunto de traer a la masa las sumas que debe (artículo 991). Esta aportación, de la que se ocupa el Código en el citado artículo al tratar de la colación de donaciones, no tiene por objeto aumentar la masa hereditaria (ya que en el haz hereditario figura ya el crédito contra el heredero), sino procurar en la división una igualdad de trato del heredero deudor que, teniendo en su mano las sumas que adeuda, puede satisfacer su derecho directamente y de los demás coherederos. El coherede-

(1) Véase Kohler, *Ueber den rapport des dettes* (*Zeitschr. f. franz. Civ. v. ltr.*, XVIII, páginas 314 y siguientes), y Cicu, *La colloazione dei debiti* (*Riv. dir. civ.*, I, 1909, páginas 475 y siguientes).

ro deudor, o abonará a la masa la suma por él debida para tener derecho a la cuota que le corresponde, o imputará todo su débito a la propia cuota, tomando del haz hereditario tanto de menos cuanto importe la deuda; la suma que deje de percibir por este concepto será percibida del haz hereditario en dinero por los demás coherederos (art. 992).

Tan distinta es esta colación de la verdadera y propia, que la obligación se da frente a cualquiera otro heredero y frente a los legatarios y acreedores hereditarios. De la obligación que incumbe al heredero deudor no puede éste quedar liberado renunciando a la herencia.

Después de lo dicho, será más fácil el examen analítico de las condiciones a que se subordina la obligación de colacionar.

a) *Personas obligadas a la colación.*—La obligación de colacionar corresponde al descendiente que sea heredero y cosuceda con otros descendientes. Descendiente es el hijo legítimo, legitimado y adoptivo y los descendientes ulteriores de éstos; no lo es el hijo natural, quien, sucediendo con los legítimos, no está obligado a colacionar ni puede exigir la colación, pues a tales relaciones subviene la imputación (art. 746). Frente a los demás parientes, aunque tengan derecho a reserva, no se da esta obligación. El hijo o descendiente debe ser heredero; no importa que sea heredero puro y simple o con beneficio de inventario (artículo 1.001), porque, como ya se vió, el heredero beneficiado es también heredero. Precisamente porque a la condición de descendiente ha de reunir la de heredero y porque esta última condición sólo puede asumirse voluntariamente, no habrá obligación de colacionar cuando el descendiente renuncie a la herencia. Con la renuncia no podrá conseguir nada a título de legítima, pero puede retener la donación o exigir el legado que se le hubiere hecho; sin embargo, uno y otro, en lo que no exceda de la cuota disponible (art. 1.003) (1). Es indiferente que el descendiente suceda por derecho propio o por derecho de representa-

(1) Ejemplo: al *de cuius* suceden dos hijos, de los cuales uno recibió una donación de 60; si el haz hereditario equivale a 100 y el hijo donatario renuncia, sólo podrá retener la donación hasta 50.

ción (1). Si sucede por propio derecho, no está obligado a colacionar la donación hecha a su ascendiente, aunque hubiese aceptado la herencia de éste (art. 1.005) (2); si, por el contrario, sucede por derecho de representación, debe colacionar lo que hubiere sido donado al ascendiente, aun en el caso en que hubiere renunciado a la herencia de éste (art. 1.005), ya que el representante ocupa el puesto del representado en todo, y, por tanto, habrá de sustituirlo también en la obligación de colacionar (3).

En quien está obligado a colacionar debe concurrir la triple cualidad de descendiente, heredero y donatario. Donatario es quien recibe personalmente la liberalidad. Constituye excepción única la del que sucede por representación.

Si el *de cuius* hace una donación al hijo u otro descendiente del heredero o al cónyuge de éste (4), no estará el heredero obligado a colacionarla, pues aquí no se da la representación ni hay

(1) Ejemplo: al *de cuius* que tiene dos hijos, Mevio y Sempronio, suceden Mevio y los hijos de Sempronio, premuerto; Mevio, que sucede por derecho propio, debe colacionar las donaciones que le hubiere hecho el padre; los hijos de Sempronio, que suceden por representación, deben colacionar las donaciones que les hubiere hecho el abuelo. Esto ha sido negado en ocasiones infundadamente: de Ruggiero, *Dispensa dalla collazione e successione per rappresentazione* (*Dir. e Giur.*, 1917, páginas 80 y siguientes); Losana, *La donazioni dell'avo ai nipoti nei rapporti con la collazione* (*Foro it.*, 1915, páginas 687 y siguientes); Leto Silvestri, en *Circ. giur.*, 1918, páginas 17 y siguientes.

(2) Ejemplo: el *de cuius* deja a su hijo Mevio y a los de su otro hijo Sempronio; si Mevio renuncia, recibirán la herencia sus hijos y los de Sempronio; pero los hijos de Mevio suceden por derecho propio (artículo 947) y no deben colacionar la donación que hubiere hecho a su padre (Mevio su abuelo (*de cuius*), aun cuando habiendo muerto luego Mevio aceptasen la herencia de éste.

(3) Ejemplo: al *de cuius* suceden su hijo Mevio y los hijos de Sempronio, su otro hijo premuerto; los hijos de Sempronio, que suceden por derecho de representación, deben colacionar la donación hecha a Sempronio por el *de cuius*, aun cuando hubiesen renunciado a la herencia de su padre Sempronio.

(4) Al *de cuius* suceden sus hijos Mevio y Sempronio; si el *de cuius* hace una donación a los hijos de Sempronio o al cónyuge de éste, Sempronio no está obligado a colacionarla. Es una consecuencia de los principios sentados el precepto del art. 1.006.

una donación hecha personalmente; para eliminar posibles dudas, el Código declara que tales donaciones se presumen hechas con dispensa de la colación (artículos 1.004, 1.006).

Cuando con arreglo a las normas expuestas proceda la colación, ésta puede excluirse mediante la *dispensa*. A ésta se refiere precisamente el final del art. 1.001, «excepción hecha del caso en que el donante hubiere dispuesto de modo distinto». Deducir de esto que la dispensa deba ser expresa o que deba contenerse en el acto de la donación, sería un error; puede ser también tácita, deducirse de hechos que de modo inequívoco revelen la intención de dispensar en el donante o que evidencien la incompatibilidad de la obligación de colacionar con la intención liberal. Puede estar contenida en actos posteriores a la donación y en el testamento (1).

Pero como la cuota de reserva se sustrae a la libre disposición del causante, la dispensa de la colación no podría ejercitarse para vulnerar dicha cuota.

Precisamente por esto (siendo, por lo demás, un precepto inútil), dispone el art. 1.002 que, aunque el hijo o descendiente hubiera sido dispensado de la obligación de colacionar, no podrá retener la donación sino hasta concurrencia de la cuota disponible; el exceso está sujeto a colación; esta última palabra es técnicamente impropia: se emplea en lugar de reducción (2).

b) *Personas que tienen derecho a la colación.*—Dada la reciprocidad de la obligación de colacionar, tienen derecho a pedir la colación las personas que están obligadas a colacionar, o sean los descendientes y coherederos. No pueden, en cambio, pedirla los herederos extraños, aunque sean parientes, ni los legatarios y acreedores hipotecarios (art. 1.014); tampoco el descendiente declarado indigno o que renuncia. Pero así como el donante puede dispensar de la obligación de colacionar, así también puede imponer dicha obligación frente a personas, con relación

(1) Se discute si una vez otorgada la dispensa, podrá el donante revocarla: Venzi en Pacifici, *Ist.*, pág. 761, n. c.

(2) Véase sobre la impropiedad de esta palabra, Venzi en Pacifici *ob. cit.*, pág. 760.

a las cuales no se daría normalmente. En efecto, el art. 1.014 admite que una voluntad contraria del donante o testador pueda otorgar a los demás herederos y derechohabientes la facultad de exigirla.

El art. 1.014 dispone luego textualmente: «Por esto, el donatario o legatario de la porción disponible que sea al mismo tiempo heredero legitimario puede exigir la colación al solo efecto de integrar su cuota legitimaria, nunca para completar la porción disponible». Surgen graves discusiones sobre el sentido de este precepto que deriva del art. 996 del Código parmense, y que por su desgraciada redacción da lugar a multitud de dudas.

La mejor interpretación es la que reconoce un uso impropio de la palabra «colación» para designar la «reunión ficticia» a que se refiere el art. 882, lo cual no excluye la inoportunidad de la frase «por esto», que da al precepto de dicho artículo el carácter de una consecuencia del principio sentado en el comienzo del mismo.

El derecho del instituido (1) en la cuota disponible es solamente el de pedir la reunión ficticia de los bienes dejados con los donados a otros para fijar la cuota disponible; a este fin debe tomarse en cuenta la herencia, no en su actual consistencia, sino en la que tenía antes de verificarse las donaciones; por consiguiente, la cuota disponible no debe calcularse por lo que el *de cuius* dejara sino por el conjunto de los bienes dejados y donados (2). Si los bienes dejados no alcanzan la medida de este modo establecida, el heredero de la cuota disponible debe con-

(1) También en este punto aparece en el Código una inexactitud al hablar de *donatario* o *legatario* de la disponible; siendo la disponible una cuota del haz, el que la recibe es un sucesor a título universal; es decir, un heredero, jamás un legatario. No puede haber donación de la cuota disponible porque ésta no es concebible como objeto de disposición (así como límite o medida), en vida del disponente y sólo puede serlo después de su muerte es decir, como objeto de una disposición testamentaria.

(2) Ejemplo: el *de cuius* deja dos hijos e instituye a un tercero extraño en la cuota disponible; el patrimonio legado importa 40; habiéndose sido hecha una donación a los hijos o a otra persona que importaba 15, la porción disponible no es $20\frac{1}{2}$ de 40 sino 25 ($\frac{1}{2}$ de $40 + 10$), por tanto, el heredero de la cuota disponible tendrá derecho a 25.

tentarse con lo que halle en el haz hereditario, sin que pueda pretender integrar la disponible reduciendo las donaciones (1). Por otra parte, en las relaciones entre descendientes coherederos es ejercitable el derecho a exigir la colación, y los legitimarios pueden pedir la reducción de las donaciones si la cuota de reserva hubiese sido vulnerada. Cuando un legitimario resulte instituído en la cuota disponible no por legitimario, podrá exigir la reducción de las donaciones hechas a otros para completar la cuota disponible, debe tomar ésta tal y como la halle; pero como legitimario tiene derecho a la reducción para completar su legítima, y como descendiente tiene frente a sus coherederos el derecho de exigir la colación para conseguir la igualdad de trato (2).

(1) Ejemplo: el *de cuius* deja 20 después de haber donado 30; la disponible es también 25, pero el heredero instituído en ella debe contentarse con 20, sin que pueda hacer reducir la tasación en 5 para completar los 25.

(2) Ejemplo: el *de cuius* deja dos hijos, habiendo donado 30 a cada uno e instituye a un tercero extraño en la cuota disponible, importando los bienes dejados 40. La totalidad del haz hereditario asciende a 100, la cuota disponible es 50 ($\frac{1}{2}$ de 100), no 20 ($\frac{1}{2}$ de 40). La cuota de reserva para cada hijo es 25.

El heredero instituído en la cuota disponible, recibe sólo 40; no puede pedir la reducción de las donaciones para completar la cifra de 50 (quitando 5 a cada hijo, que tendría así 25 como legítima); los hijos tampoco pueden exigir parte alguna de 40; cada uno de ellos deberá imputar a su propia legítima la donación recibida. El resultado es que el *de cuius* donando en vida 60 ha satisfecho totalmente la cuota de reserva, y dispuesto de 10 de la cuota disponible en favor de persona distinta de aquélla a la que instituyó heredero en el 2.

Otro ejemplo: el *de cuius* ha donado 30 a un hijo y nada al otro; instituye heredero de la cuota disponible a un tercero extraño, dejando 70. El haz hereditario es 100, la disponible 50, la cuota de reserva 25. Si los 30 fueron donados de la disponible, del resto de 70, percibirán el hijo donatario y el otro 25 de legítima, y el tercero percibirá el resto de la disponible: 20. Si los 30 se donaron a cuenta de la legítima y de la disponible, las 70 restantes se distribuyen entre el otro hijo y el extraño, percibiendo aquél 25, y éste el resto de 45.

Otro ejemplo: el padre dona 60 a un hijo y deja 40, instituyendo en la disponible al otro hijo. Como los 40 cubren la legítima, percibirá e tal este hijo tomando 25 por legítima y 15 como disponible (cuota ésta

c) *Cosas sujetas a colación.*—Sentado que no están sujetas a colación las liberalidades hechas en testamento, a no ser que el testador hubiera dispuesto lo contrario (art. 1.008), la obligación de colacionar comprende todas las donaciones hechas por el de *cuius* directa o indirectamente y toda otra ventaja patrimonial otorgada al descendiente. Los autores, por lo general, determinan concreta y casuísticamente cuáles son las cosas sujetas a colación; «donación» no debe tomarse aquí en sentido técnico; debe entenderse por tal cualquier liberalidad que proporcione a un heredero una ventaja sobre los demás. Donaciones *directas* son los actos cuyo fin es una liberalidad o que personalmente se dirigen al heredero, *indirectas* son los actos en que no participa el sucesor, pero de los que obtiene un beneficio, o aquellos que no reconocen como fin propio una liberalidad, aunque produzcan una ventaja. A la segunda especie pertenecen, por ejemplo, el pago por el ascendiente de una deuda del descendiente, la adquisición hecha por el primero de una cosa en nombre del segundo, las donaciones hechas por persona interpuesta; la interposición en determinadas circunstancias puede revelar la intención del donante de dispensar de la colación. En todo caso, debe reportar al heredero un provecho efectivo; no es colacionable la donación que no haya sido seguida de la efectiva atribución de la cosa; deben ser colacionadas sólo parcialmente, es decir, detrayendo la carga, la donación modal y la remuneratoria.

Más que por vía ejemplificativa para resolver dudas y discusiones antiguas, el Código declara sujeto a colación cuanto el difunto haya invertido en la dote y ajuar nupcial de los descendientes o en el patrimonio sagrado de éstos, en procurarles un

que aunque el legitimario no puede completar), quedando al hijo donatario 60, con lo que cubre su legítima.

Según otra opinión, el segundo hijo reteniendo 40 a título de cuota disponible, podría exigir del hijo donatario que colacionara 60 para formar con ello su propia cuota de reserva; el donatario, a consecuencia de la reducción, solamente podría retener 35. Sobre las distintas soluciones e interpretación del art. 1.014, véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, página 765, n. g.

oficio o empleo, en pagar sus deudas (art. 1.007); no son, en cambio, colacionables los gastos de manutención, educación e instrucción del descendiente y los ordinarios de vestido, los hechos con ocasión de nupcias o para regalos usuales (art. 1.009); las utilidades que el heredero haya obtenido a consecuencia de ciertas convenciones celebradas con el difunto, con tal que éstas no contuviesen en el momento de celebrarse una ventaja indirecta (art. 1.010); las utilidades provenientes del contrato de sociedad celebrado entre difunto y descendiente, si el contrato se hubiere estipulado sin fraude y sus condiciones hubieran sido reguladas en documento de fecha cierta (art. 1.011); los frutos e intereses de las cosas sujetas a colación percibidos hasta el día en que se hubiere abierto la sucesión (art. 1.013) (1).

d) *Modos de colacionar.*—De dos modos puede hacerse la colación, a elección del obligado: trayendo la cosa en especie o imputando su valor a la propia porción (art. 1.015). El primero implica que la cosa donada retorna, efectivamente, a la masa, que habrá de partirse, pudiendo, en definitiva, dicha cosa corresponder a otro heredero por efecto de la partición; el segundo hace titular de la cosa al donatario, que toma del haz tanto menos cuanto sea el valor de dicha cosa.

La elección de uno u otro modo es libre cuando se trata de inmuebles. Estos deben colacionarse, en su estado actual, con sus aumentos o disminuciones, concediéndose al donatario un crédito por los gastos que hubiere hecho para mejorar la cosa, estimando el mayor valor que ésta tuviese en el momento de la apertura de la sucesión (art. 1.018), computándose en su favor

(1) Respecto a estos últimos, dicha norma se explica teniendo en cuenta que, si se obligase al donatario a restituílos con la cosa madre, no sólo la donación carecería de finalidad, sino que la situación del donatario resultaría gravada con la carga de conservar y acumular los frutos; en cambio si el donante hubiera conservado la cosa donada en su poder, es presumible que hubiera consumido y no acumulado los frutos. Precisamente porque la donación no debe por efecto de la colación transformarse en un perjuicio, el Código dispone (art. 1.012), que si el inmueble donado pereciere por caso fortuito o sin culpa de donatario, éste no estaría obligado a colacionarlo.

(del donatario) los gastos necesarios para su conservación (artículo 1.019) y a su cargo los deterioros y pérdidas de valor ocurridos por su culpa (art. 1.028). Sin embargo, si el donatario hubiere enajenado o hipotecado el inmueble, la colación sólo podrá efectuarse por imputación (art. 1.016), a fin de no perjudicar al adquirente o acreedor hipotecario con la revocación de la enajenación o de la hipoteca.

En este caso, o cuando la imputación hubiese sido elegida libremente por el donatario, el valor del inmueble, que habrá de tenerse en cuenta para el cálculo, será el que tuviere al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 1.017).

No hay posibilidad de opción por uno u otro modo cuando se deben colacionar cosas muebles. El valor que a éstas se atribuya para el cálculo es el que tuvieren al tiempo de la donación (artículo 1.024).

La colación del dinero donado se efectúa tomando del dinero de la herencia tanto de menos cuanto sea el importe de la cantidad donada; y cuando el dinero que haya no baste, el donatario podrá eximirse de colacionar más dinero, cediendo una cantidad equivalente de muebles o inmuebles hereditarios (artículo 1.025).

De la imputación como modo de colacionar se distingue la imputación como institución especial de los legitimarios. El heredero que tenga derecho a reserva (legítima) puede accionar contra los donatarios y beneficiados por una disposición testamentaria, aun siendo extraños, para reducir las liberalidades que les hubieren sido hechas hasta la cantidad necesaria para completar la legítima; pero para que pueda obtener la reducción, deberá imputar el mismo a su legítima las donaciones y legados que se le hubieren conferido (art. 1.026). El que con la imputación pueda concurrir la colación no significa que ambas se confundan ni que de la colación pueda aprovecharse el donatario, heredero o legatario extraños; a éstos sirve la imputación del heredero legitimario; ambas instituciones se refieren a personas y relaciones diversas, pues persiguen finalidades diferentes. A la imputación están sujetas las mismas cosas que deben ser cola-

cionadas, excepción hecha de los legados, los cuales no deben ser colacionados, y están, en cambio, sujetos a imputación. Toda cosa que, según las normas de la colación, está exenta de ésta, estará también exenta de la imputación (art. 1.026). El donante o el testador pueden, sin embargo, dispensar al heredero de la obligación de imputar; tal dispensa debe ser expresa, y en ningún caso puede perjudicar a los donatarios anteriores (artículo 1.026). Además de la imputación del legitimario, que acciona para conseguir la reducción, hay otros casos de imputación, como el del hijo natural y el del cónyuge supérstite (artículos 746 y 820), los cuales deberán imputar a las respectivas cuotas, cuanto hubieren recibido de su padre en vida y por efecto de las capitulaciones matrimoniales (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—La obligación de colacionar alcanza, según el Código español a todos los herederos forzosos que concurran con otros en una herencia, bien sea por propio derecho o por representación (artículos 1.035 y 1.038), siempre que hayan adquirido bienes del causante por dote, donación u otro título lucrativo (art. 1.035).

Los bienes que han de colacionar son éstos adquiridos a título lucrativo, salvo que el testador hubiese dispuesto lo contrario o el donatario repudiase la herencia o el título de adquisición fuese el testamento o estén exceptuados de colación artículos 1.035, 1.036, 1.037, 1.039, 1.040 y 1.041, señalándose algunos casos expresos de obligación de colacionar (artículos 1.040, 1.043 y 1.044).

Los bienes colacionables no han de traerse a la partición; basta con tener en ella en cuenta su valor, al tiempo de la donación o dote, rigiendo los aumentos y deterioros por el principio *res perit domino* (art. 1.045) habiendo de tomar en la masa hereditaria el donatario, tanto de menos cuanto hubiere recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente en cuanto sea posible en bienes de la misma especie y calidad (artículos 1.047 y 1.048).

Respecto a los frutos de los bienes donados, no han de ser colacionados más que desde el día que se abra la sucesión (art. 1.049).

No produce el efecto de suspender la partición la discusión o contienda sobre la colacionabilidad o no de determinados bienes, siempre que sepreste la correspondiente fianza (art. 1.010).

SECCION II

PARTE ESPECIAL

A. Sucesión legítima

CAPITULO XXXI

Condiciones de la delación legítima

§ 134.—*Capacidad para suceder*

Brugi, *Ist.*, §§ 102-103; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 29; Chironi, *Ist.*, II, § 468; Filomua *Dir. ered.*, I, §§ 26-33; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 601-604; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 591-594; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 535, 669-674.

El principio fundamental del derecho sucesorio es que sólo puede heredar quien exista y sobreviva al difunto. La existencia supone que el llamado a heredar haya nacido vivo y vital al tiempo de la apertura de la sucesión o que por lo menos (por efecto de la regla *conceptus pro nato habetur*) haya sido concebido en dicho tiempo; la supervivencia consiste en que no premuera al causante; además (dada la incertidumbre que la ausencia determina), no debe tampoco estar ausente.

Incapaces son entre las personas físicas las que al tiempo de la apertura de la sucesión no hubieren sido aún concebidas, las que hubieren nacido no vitales, las que se hallaren en estado de ausencia.

A estas tres causas determinantes de una incapacidad absoluta, hay que añadir otra que genera una incapacidad (si puede llamarse así) relativa, ya que impide que se suceda a determinada persona y no a otras; esta causa es la indignidad.

Otras causas que determinaban una incapacidad para suceder, como la cualidad de extranjero, la condena criminal o la muerte civil, admitidas por algunos derechos antiguos han sido canceladas del vigente. El art. 723 declara: «Todos son capaces para suceder, salvo las excepciones establecidas en este Código». Esta última parte del artículo se refiere sin duda a las causas a que aludimos, pues la indignidad, más que la incapacidad para suceder, es exclusión como pena impuesta al autor de un hecho delictivo y al no estar aún concebido o el haber nacido no vital, suponen negación de existencia de un sujeto y no pueda hablarse de relación hereditaria (de relación jurídica) cuando falte la posibilidad de un sujeto.

Ahora bien, como el Código agrupa bajo el concepto de incapacidad casos que no son de tal, como el del no concebido o nacido vital y el del indigno (artículos 724, 725), se puede, sin forzar el texto, hacer más completo el cuadro añadiendo el del ausente y el del premuerto.

De todas nos ocuparemos brevemente.

a) *No concebido*.—Por regla general, no hay persona sino cuando nace, vive y es vital o viable, pero excepcionalmente se admite por un tradicional principio romano que pueda también suceder quien al tiempo de la apertura de la sucesión se halle solamente concebido. No pueden suceder los que al tiempo de la apertura de la sucesión no se hallen concebidos (art. 724, n. 1); solamente en la sucesión testamentaria es posible prescindir de la concepción actual a instituir heredero o legatario a quien resulte concebido en futuro, siempre que sea hijo inmediato (no nieto o ulterior descendiente) de persona que viva a la muerte del testador (art. 764) (1). Pero, ¿con qué medio deberá deter-

(1) Sobre el modo de construir dogmáticamente la institución del no concebido y sobre la aplicación al caso del concepto de la institución condicional, véase Filomusi, *Sulla istituzione di un nascituro non concepito* (Foro it., 1904, páginas 976 y siguientes); Abello, *Dei lasciti a favore dei nascituri* (Legge, 1904, pág. 2.481); Appiani, *Carattere giur. della istituzione cred dei nascituri* (Giur. it., 1904, I, 1, pág. 593). A especiales dificultades prácticas da lugar el caso en que sean llamados varios o todos los nacidos de una determinada persona, cuando ésta se halle aun en

minarse si en el momento de la apertura de la sucesión el llamado se hallaba o no concebido?

Los términos de las gestaciones mínima y máxima de ciento ochenta y trescientos días que la ley fija en los artículos 160 y siguientes y sobre los que establece una importante presunción, se refieren (como ya dijimos) a las cuestiones de legitimidad del hijo, sin que puedan aplicarse a materia diversa de la sucesión hereditaria. La concepción al tiempo de la apertura de ésta debe probarse con los medios que la técnica médica ofrece, sin que para tal prueba valgan las presunciones legales. Pero por lo contradictorio de posibles resultados, se debe reconocer que cuando la cuestión sucesoria se halla íntimamente conexas con la de la legitimidad, las presunciones del art. 160 se aplican también a la sucesión; resuelta así la cuestión de la legitimidad, debe acogerse sin más dicha solución y aplicarla a la de la capacidad para suceder (1).

la posibilidad de procrearlos. ¿Deberá atribuirse la herencia al primer nacido bajo condición resolutoria (de que sobrevengan otros), o suspenderse la partición hasta que sean imposibles ulteriores nacimientos o servirse del cálculo de probabilidades sobre la base de la edad, fecundidad, etc? Creo preferible en todos sus aspectos el primer sistema. Véase Losana, *Il nato in concorso col nascituro* (Rolandino, 1905, pág. 233). Sobre la cuestión de si no naciendo los nacereros, corresponde la herencia a los herederos legítimos del momento de la muerte o a los del momento en que se comprobó el no nacimiento, véase Carnelutti, *Istituz. di nascituri mancata* *Riv. dir. civ.*, XII, 1920, pág. 460 y siguientes).

(1) Por ejemplo: muerto el marido y dado a luz por la viuda un hijo, dentro de los trescientos días a contar desde el de la muerte, el nacido se reputa concebido en constancia de matrimonio y por tanto hijo del difunto; resuelta así la cuestión de la legitimidad, habrá que concluir que también es heredero del padre sin que pueda hacer indagación alguna sobre su concepción para probar que ésta tuvo lugar posteriormente a la muerte del marido y por obra por tanto de otro hombre. Al contrario: muere una persona dejando como herederos a sus hermanos y padres; si la madre da a luz dentro de los trescientos días contados desde el de la muerte del hijo otro hijo, no será aplicable a este caso la presunción del artículo 160 porque no se plantea la cuestión de legitimidad, y habrá que demostrar con las pruebas oportunas que el hermano póstumo se hallaba concebido ya a la muerte del causante para poder admitirlo a la sucesión.

b) *Nacido no vital*.—El que nace vivo, pero no vital, no puede suceder, lo mismo que el que nace muerto. Que el parto sea prematuro y que el feto haya alcanzado la necesaria madurez o que el parto sea normal y el feto anormal, es indiferente; los términos de gestación mínima y máxima no se aplican aquí tampoco, pues se remite todo ello a la indagación técnica; sólo ella puede probar si el nacido es viable. Pero como los medios técnicos pueden no servir o no ser posibles, la ley favorece la capacidad presumiendo viable al feto que nace vivo (art. 724, número 2).

c) *Ausente*.—No puede suceder quien en el momento de la apertura de la sucesión esté ausente (cualquiera que sea el grado de la ausencia), porque siendo precisa la supervivencia del sucesor al de *cuius* no puede afirmarse del ausente (cuya vida es incierta) que haya sobrevivido.

La sucesión será atribuída, por tanto, a aquellos con los que el ausente habría concurrido o a aquel a quien en su defecto correspondiese (art. 43); podrán, sin embargo, subrogarse en su puesto sus descendientes cuando se dé el derecho de representación, según las normas que más adelante exponremos (artículos 43 y 729).

d) *Premuerto*.—Con mayor razón no puede suceder quien hubiere premuerto al de *cuius*; la consecuencia rigurosa del requisito de la supervivencia resulta atenuada por el derecho de representación.

e) *Indigno*.—La indignidad es una especie de desheredación legal declarada como pena a graves hechos delictivos cometidos por el heredero en la persona del difunto; abolida la desheredación como acto con el que el testador castiga a los legitimarios excluyéndolos de la herencia por causas determinadas, la ley no podía permitir—en obsequio de la moralidad pública y de la presunta voluntad del *de cuius*—que la herencia se adquiriese total o parcialmente por quien fuese culpable de graves violaciones a la libertad e integridad personales del difunto. Por ello ha conminado con la pérdida del derecho sucesorio al autor de dichos hechos, interpretando así la voluntad

del causante; de lo que se deduce que la del indigno no es propiamente una incapacidad para suceder (la cual, como se ha visto, implica la falta de un requisito esencial para que el derecho sucesorio nazca), y si más bien exclusión de la herencia, es decir, un impedimento para conservarla impuesto como pena por los hechos cometidos.

En otros términos, aún hoy puede repetirse lo que dijeron los antiguos: que el indigno *potest capere sed non potest retinere*.

La consideración de la pública moralidad, que no toleraría se beneficiase el autor de atentados a la libertad e integridad del difunto, no es llevada tan al extremo que prevalezca sobre los motivos de personal resentimiento de este último; una contraria voluntad del difunto que perdone al culpable puede cancelar la causa de exclusión perdonando al indigno y rehabilitándolo.

Las causas que producen indignidad se hallan determinadas por la ley (art. 725) y su interpretación, por ser preceptos restrictivos, no tolera ni ampliaciones ni analogías. Dichas causas son:

1) haber matado o intentado matar al causante; habrá de ser homicidio voluntario o tentativa, aunque no medie condena criminal; se excluye el homicidio preterintencional, el culposo o el que es efecto de la legítima defensa o de una orden de la autoridad u ocurrido en duelo (a no ser que se hubiesen violado las normas caballerescas o no se hubiese preestablecido el duelo a vida o muerte);

2) haber acusado al causante de delito punible con pena criminal (presidio, inhabilitación perpetua para él, desempeño de cargos públicos, reclusión o detención no inferior a tres años) cuando la acusación hubiese sido declarada calumniosa en juicio; la constatación de la calumnia debe ser hecha en juicio (criminal o civil) sin que haya sido impuesta la pena;

3) el haber constreñido al difunto a hacer testamento o a cambiarlo o el haberle impedido hacerlo o revocar el hecho, el haber destruído, ocultado o alterado el testamento; en otros términos y más sintéticamente, el haber atentado a la libertad de testar o a la voluntad testamentaria del difunto. No todo atenta-

do implica indignidad en el que lo realiza, y si sólo aquellos caracterizados por significar una violencia empleada para forzar a hacer testamento, la violencia o el dolo empleados para impedir testar o revocar el testamento, la destrucción del testamento (1).

La indignidad produce el efecto de que el indigno queda excluido de la herencia, y por ello si poseyera los bienes debe restituirlos con todos los frutos y productos que hubiese percibido después de la apertura de la sucesión (art. 727). Se debe reputar al indigno como heredero aparente de mala fe, y por aplicación del art. 933 está obligado a restituir todos los frutos y productos percibidos con ocasión de la herencia; de los actos que celebre con los terceros, quedan anulados los a título gratuito, respetándose solamente los celebrados a título oneroso. Pero estos efectos sólo se producen cuando la indignidad hubiere sido judicialmente declarada; la declaración judicial de indignidad produce efectos retroactivos. Precisamente por no ser la indignidad una incapacidad verdadera y propia, no opera *ipso iure*; precisa que los interesados (sucesores llamados en concurrencia, sucesores de grado ulterior, acreedores) insten su declaración privándole de la adquisición hecha como heredero

(1) El art. 725, n. 4, habla respecto a este último caso de testamento *posterior* destruido, ocultado o alterado. En el caso de haber dos o más testamentos, constituirá atentado a la voluntad del difunto el efectuado sobre el último, porque todos los anteriores carecen de valor, ya que los revocó el propio testador. Pero ¿y si existe uno sólo? Puede éste destruirse, ocultarse o alterarse hechos éstos que entrañan indignidad en su autor. La fórmula del artículo no es afortunada y sí corregible, suprimiendo la palabra *posterior* cuyo empleo se debe a una distracción del legislador. Al reproducir éste el art. 709 del Código albertino, no pensaron que al trasladarlo, el precepto adolecía de imprecisión. En el Código albertino el artículo citado aparecía colocado en la regulación de la sucesión testamentaria; se comprende, por tanto, que la ley considerase como interesado en suprimir un testamento posterior a quien siendo beneficiado por un testamento anterior perdiera el beneficio por el posterior. Colocado en la sucesión legítima el precepto, hace pensar en el caso de que que el llamado por la ley suprima el *único* testamento en el que se llama a otros.

cuya indignidad no ha sido aún declarada, adquisición que no puede conservar después de la dicha declaración.

La indignidad es una desventaja que afecta personalmente al autor de los hechos delictivos; no perjudica a los hijos o descendientes del indigno, ya sucedan por derecho propio o por derecho de representación (art. 728). No debiera aprovecharse el padre o ascendiente indigno, cuando por aplicación de la norma enunciada la herencia que les fué quitada se atribuya a su hijo o descendiente; no debía ser posible al padre por ello, sucediendo a su hijo, adquirir los bienes a éste dejados por exclusión de aquél, ni tener sobre ellos durante la menor edad del hijo el usufructo y la administración. El Código italiano, más suave en esto que otros, ha excluído tan sólo la posibilidad del usufructo y de la administración (art. 728, párr. 2.º).

Como dijimos, al prevalecer la razón particular sobre la pública, la indignidad puede cancelarse por voluntad del ofendido mediante la rehabilitación. Puede perdonar al indigno admitiéndolo de nuevo en la sucesión; pero esta readmisión deberá ser declarada en documento auténtico o testamento por persona que sea capaz de efectuar el acto de remisión (art. 726) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Para el Código civil español «son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.º Los padres que abandonaren a sus hijos y prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor (existe alguna discrepancia entre los comentaristas de este artículo sobre si se refiere al abandono propiamente dicho o a la *exposición* de los hijos. Véase sentencia de 8 de Mayo de 1873).

2.º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Si el ofensor fuera heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.

3.º El que hubiere acusado al testador de delito al que la ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador no la hubiere denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que según la ley, no hay la obligación de acusar (la mayor parte de los Códigos modernos no consiguen esta causa de indignidad).

5.º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador (algún autor—Valverde, *Tratado de Derecho civil español*. Tomo V, página 436. Edición 2.ª. Valladolid. Talleres Tipográficos «Cuesta», 1921—plantea la cuestión de si la indignidad se extiende al adulterio del marido.

§ 135.—*Derecho de representación*

Brugi, *Ist.*, § 103; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 19; Ch roni, *Ist.*, II, § 440; Filomusi, *Dir. cred.*, I, § 25; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, § 597; Zachariae, *Man.*, VI, § 607; Planiol, *Traité*, III, números 1.763 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, 2, § 572 (1).

Se puede heredar por ser llamado inmediata y personalmente a la herencia o por ocupar el puesto de un llamado que no puede suceder. Se dice que sucede por *derecho propio* quien por su grado de parentesco con el difunto resulta ser el más próximo pariente de éste y llamado directamente a la herencia; y por *derecho de representación* el que hubiera sido postergado a otro, excluido por otro si el otro no hubiese premuerto, no estuviese ausente o no fuese indigno, y que, por tanto, sustituye a este otro y hereda en su lugar.

El derecho de representación, concebido en un tiempo como una ficción legal, es, en realidad, una sustitución legal que permite a los descendientes de determinadas personas que no pueden heredar por haber premuerto al de *cuius* o por hallarse au-

de la testadora, inclinándose por la solución negativa tanto porque las causas de indignidad por su carácter odioso y penal han de interpretarse restrictivamente cuanto por la distinción constante que en nuestro Derecho se hace entre el adulterio de la mujer y el del marido, distinción que tiene lugar también tratándose de causas de desheredación)

6.º El que con amenaza fraude o violencia obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.

7.º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior».

En relación a nuestro Derecho histórico es nueva la causa de indignidad que se consigna en el núm. 1.º del artículo y han perdido con su actualidad su vigencia las de herejía y apostasía, destierro perpetuo, deportación, descendencia de dañado y punible ayuntamiento. etc.

Las causas de indignidad no tienen efecto si el testador las conoce al tiempo de hacer el testamento o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público (art. 757 del Código civil). En algún Código europeo se proscribe la remisión por considerar la indignidad como una pena pública.

(1) Melucci, *Studio sul diritto di rappresentazione sec. il. e. c. it.*, Mel-fi, 1882; Bianchi, *Il dir. di rappresentazione e di accrescimento studiato nelle fonti romane ed. italiane*, Nápoles, 1897; Todaro, *Studi sul dir. di rappresentazione (Riv. it. p. la. Sc. Giur.*, XXXVIII, páginas 127 y siguientes).

sentes o ser indignas subrogarse en el lugar y grado de su ascendiente para adquirir la herencia que a éste correspondería. Sería injusto que si alguien muriera dejando un hijo y otro hijo hubiere premuerto al causante, los hijos del hijo premuerto fuesen excluidos de la herencia, atribuyéndose toda ésta al hijo superviviente, o que, si alguien muriere dejando un hermano e hijos de otro hermano premuerto, recogiese toda la herencia el primero y nada los descendientes del segundo hermano. Si no hubiere habido premoriencia, en cambio, por mediación del padre, hubiesen participado de la herencia; la injusticia que determinaría la rigurosa aplicación del principio de que el pariente más próximo excluye al más remoto, se corrige mediante la representación. El nombre no debe inducir a suponer que se dé aquí una representación propiamente dicha, o sea la adquisición y ejercicio de un derecho en nombre de otra persona; quien sucede por representación adquiere en nombre y por derecho propios; pero esta adquisición no le es posible sino subentrando en el lugar del representado (art. 729).

Las condiciones de la sucesión por representación se refieren a la persona del representante y a la del representado.

a) El representante, el que ocupa el lugar del otro, debe ser hijo o ulterior descendiente (nieto *ex avo*) suyo. Esta regla no tiene excepción. No puede, por ejemplo, un hermano representar a su hermano premuerto, un sobrino al tío, un padre al hijo.

Si, por tanto, en la sucesión de Ticio hay un hijo de éste vivo y capaz, y otro hijo que premurió a Ticio se halla ausente ó es indigno, todos los descendientes de éste, hasta el infinito (sus hijos, nietos, etc.), heredarán en lugar del ascendiente llamado. «La representación en línea recta descendente—declara el artículo 730—tiene lugar hasta el infinito y en todos los casos, ya sea que los hijos del difunto concurren con los descendientes de otro hijo premuerto, ya sea que cuando todos los hijos del difunto hubiesen muerto antes que éste, los descendientes de dichos hijos llamados a suceder estén entre sí en el mismo o diferente grado de parentesco y aunque habiendo igualdad de grado haya desigualdad numérica en alguna estirpe». Si, por el contrario,

sobreviven a Ticio el padre y los abuelos maternos, la herencia se atribuye en su totalidad al padre, porque los abuelos maternos no pueden representar a la madre, ya que el representante debe ser forzosamente descendiente del representado; en este caso, rige de nuevo la norma de que el parientemás próximo excluye al más remoto (art. 731).

El representado debe ser un hijo o descendiente del *de cuius* o un hermano o hermana, debiendo en todo caso el representante ser descendiente del representado. No ya solamente en el caso anterior de que sobreviva al *de cuius* un hijo y los hijos del otro hijo premuerto, si que también en la hipótesis de que sobrevivan al causante un hermano y los hijos de otro hermano (o hermana) premuerto habrá lugar a la representación; en el primer caso concurrirán, pues, el hijo y los nietos; en el segundo el hijo y los sobrinos *ex fratre* del difunto. Así lo expresa el art. 732: «En la línea colateral se admite la representación en favor de los hijos y descendientes de los hermanos y hermanas del difunto, y sea que concurren en la sucesión con sus tíos y tías, ya que, habiendo premuerto todos los hermanos y hermanas, se atribuya la herencia a los descendientes de éstos que estén en grados de parentesco iguales o desiguales». Cesa, por tanto, el derecho de representación cuando se sale de la línea recta descendente o se llegue en la colateral más allá del segundo grado que corresponde a los hermanos y hermanas; no podrían ser llamados a la herencia de Ticio con los tíos supérstites los hijos de otro tío premuerto, o con los primos supérstites los hijos de otro primo premuerto.

c) En cuanto a las causas de admitirse la representación, declara el Código en el art. 734 que «no se representan las personas vivas a no ser que se trate de ausentes o incapaces de suceder».

La norma es ilógica en su formulación: el principio «no se representan las personas vivas» queda destruído por la excepción «a no ser que se trate de ausentes o incapaces de suceder»; además habla en general de incapaces, como si la representación se aplicase a todos ellos, siendo así que se aplica tan sólo a los in-

dignos, siendo de aplicación imposible a los no concebidos y a los nacidos no vitales. La fórmula se explica tan sólo como reminiscencia de antiguos ordenamientos, en los que regía el principio *viventis non datur repraesentatio*, por el que la representación se limitaba al caso de premorencia. La norma del Código significa que no se admite la representación en favor de los descendientes del renunciante.

Para que haya lugar a la representación precisa que el representado hubiere premuerto al *de cuius*, que esté ausente (ausencia presunta o declarada) o haya sido declarado indigno. Si hubiere renunciado, sus descendientes no pueden representarle, y sólo podrán (cuando proceda) suceder por derecho propio. Es indiferente que el descendiente hubiere renunciado a la herencia del representado; el hijo o descendiente del premuerto, del indigno o del ausente, puede muy bien renunciar a la herencia del premuerto ausente o indigno y al mismo tiempo ocupar su lugar para adquirir la herencia a que hubiera sido llamado (art. 725), y ello porque el representante no ejercita un derecho ajeno, sucede en su propio nombre.

La eficacia práctica del derecho de representación consiste en que las personas (hijos o descendientes), que quedarían excluidas de la sucesión por un pariente más próximo, son admitidas para que no recaiga sobre ellas la culpa (indignidad) o la desgracia (premorencia, ausencia) de su autor. Pero los descendientes no pueden percibir en modo alguno más de lo que al representado hubiere correspondido. De aquí el precepto fundamental de que los descendientes del premuerto, indigno o ausente, al ocupar su puesto, son contados como una sola persona, cualquiera que sea su número.

La división del haz hereditario se efectúa en orden a los representantes por estirpes, no por cabezas; sólo en la relación interna de los descendientes representantes se practicará la división por cabezas (art. 733) (1). Es lógico que si un ascendiente

(1) Por ejemplo: a Ticio suceden su hijo Mevio y por derecho de representación los dos hijos de su otro hijo premuerto (indigno o ausente), Sempronio. Del haz hereditario que consta de 100, percibe 50 Mevio y 50

produjo diversas ramas, la división se haga por estirpes, en orden a cada una de éstas, y por cabezas, relativamente, a los miembros de una misma rama (1).

El derecho de representación es posible también en la sucesión testamentaria por aplicación extensiva hecha por la misma ley (art. 890); sus límites en esta última especie de sucesión son discutidos (2).

los dos hijos de Sempronio, quienes lo subdividen entre sí, correspondiendo 25 a cada uno de ellos. Otro ejemplo: Con el hijo Mevio cosucedan uno de los hijos de Sempronio y tres hijos del otro hijo (premuerto) del propio Sempronio. El haz de 100 se distribuye así: 50 a Mevio y 50 a la descendencia de Sempronio; pero estos 50 se dividen a su vez atribuyendo la mitad al hijo vivo de Sempronio y la otra mitad a los tres hijos del otro hijo premuerto del mismo; cada uno de ellos percibirá el tercio de 25.

(1) La representación reconoce como supuesto natural que parientes de diverso grado sucedan en una misma herencia, es decir, que con los descendientes del representado (de grado más remoto) concurran otros parientes más próximos del *de cuius*, los cuales excluirán a los anteriores de no darse la representación. Pero no es este un supuesto necesario. Por efecto de la representación pueden concurrir descendientes de varios representados que ostenten idéntico grado de parentesco; puede darse sucesión por representación aun en el caso de una estirpe única o sea de descendientes de un hijo o hermano *únicos* del *de cuius* los cuales representan al propio ascendiente. Esto tendrá importancia para la imputación y colación únicamente. Véase Melucci, *Collazioni*, II, páginas 416 y siguientes; Losana, *Unicità di stirpe nei rapporti del dir. de rappresentazione* (Rolandito, 1898, pág. 289); Polacco, *L'unicità della stirpe in rapporto al dir. de rappresentazione* (*Studi per Schupfer*, III, páginas 401 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 54, n. c. En cambio para Gabba, *Quest. di dir. civ.*, 2.^a ed., 1511, pág. 14, la representación supone concurrencia de estirpes, no siendo admisibles en el caso de una sola estirpe de sucesores.

(2) Véase más adelante § 149.

NOTA DEL TRADUCTOR.—Como en el Derecho romano y en la generalidad de las legislaciones modernas se admite en el Código civil español el *derecho de representación* a favor de los descendientes y de los hijos de hermanos. «El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendiente, pero nunca en la ascendente. En la línea colateral sólo tendrán lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado (art. 925).

No obstante la *sucesión* de que habla el art. 924 del Código civil español (llámase derecho de representación el que tienen los parientes de

una persona para *sucederte* en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar»), los autores—Sánchez Román, Castán, etcétera—hacen notar, como en el texto, el carácter de *subrogación* o *sustitución* de los representantes en el lugar que los representados hubieran ocupado en la sucesión y así también el Tribunal Supremo en sentencias de 21 de Junio de 1905 y 18 de Diciembre de 1908).

En el Código civil español (art. 929), la representación sólo tiene lugar por muerte, desheredación e incapacidad, pero no por ausencia. También en nuestro Código es, en términos generales, compatible la renuncia de la herencia con la representación (art. 928), pero repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante (art. 923).

Los representantes participan en la herencia por estirpes, no por cabezas, si bien en su relación interna se practica la división por cabezas (artículo 926). Si concurren solos sobrinos hijos de hermanos heredan por cabezas (art. 927).

En la línea recta ascendente no se da nunca el derecho de representación (art. 925). En la descendente en todo caso sin limitación de grado (artículo 925).

CAPITULO XXXII

Orden de llamamientos en la sucesión legítima

§ 136.—*Principios fundamentales de la sucesión legal*

Brugi, *Ist.*, § 102; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 14; Chironi, *Ist.*, II, pág. 436, Filomusi, *Dir. ercd.*, I §§ 23-24; Zachariae, IV, §§ 6 5-607; Aubry y Rau, *Cours*, VI, §§ 595-596; Planiol, *Traité*, III, núms. 1.785 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 570-572.

La ley—que interviene para regular la sucesión solamente cuando falte total o parcialmente la disposición testamentaria (artículo 720)—se inspira, para los llamamientos y atribuciones que hace, en las relaciones que ligan al difunto con los miembros de su familia y con el Estado. El vínculo familiar y el nacional son las causas y el título del llamamiento hereditario legal; se estima que cuanto más estrecho es el vínculo parental más intenso será el afecto y más fuerte y directa la relación de la comunidad doméstica; por eso la ley atribuye la herencia en primer término a los más próximos parientes del *de cuius* y subsidiariamente a los más remotos hasta el sexto grado. Cuando no haya parientes dentro de este límite o cuando habiéndolos no quieran ser herederos, dispone que los bienes se atribuyan, en virtud del vínculo de nacionalidad, al Estado, que de este modo viene a ser el último llamado y el sucesor indefectible de todo ciudadano que muere intestado y que no deja pariente alguno llamado a suceder. Parientes no son solamente los parientes legítimos, si que también los naturales; el cónyuge también es llamado, pues está unido al difunto por vínculos de afecto y de comunidad doméstica fuertes e intensos; no son llamados, en cambio, los afines, los cuales no forman parte de la familia. La sucesión legítima puede, por tanto, tener lugar por

derecho de familia (entendida ésta en sentido estricto) en favor de los parientes hasta el sexto grado o por derecho de consanguinidad en favor de los hijos y padres naturales, por derecho de matrimonio en favor del cónyuge, o por derecho de soberanía en favor del Estado.

En cuanto al fundamento racional y jurídico de la sucesión *ab intestato*, diremos que no es otro que la ordenación misma de la familia y la pertenencia al grupo familiar de una parte, y de otra la pertenencia al grupo político, esto es, al Estado. La razón última de ser llamados los sucesores dichos, excepción hecha del Estado, no es la voluntad presunta del difunto, sino la copropiedad familiar, por cuya razón tienen un título mejor los que mantuvieron con el difunto una comunidad de vida e intereses que aquellos que son extraños al grupo de la familia (1).

Para bien comprender el sistema que el Código acoge, precisa determinar con exactitud los llamamientos u órdenes de suceder y las clases de sucesores, y establecer los criterios fundamentales en que esta sucesión se inspira.

Hay que distinguir, ante todo, las *clases* de sucesores; clase es una categoría de llamados que lo son por una razón; esta razón puede consistir, como antes decíamos, en el *ius familiae*, en el *ius sanguinis*, en el *ius coniugii* o en el *ius impediti*, y por consiguiente, habrá cuatro clases de sucesores: 1), parientes legítimos; 2), parientes naturales (hijo o padre natural); 3), el cónyuge supérstite; 4), el Estado.

Precisa hacer mención de una importante reforma hecha durante la guerra mundial por un Decreto ley de 16 de Noviem-

(1) Ni esta razón ni la del afecto pueden justificar el llamamiento de los parientes tan remotos como los del décimo grado o los de grado más próximo según el sistema actualmente modificado del Código. La ley debe detenerse en cierto punto si no quiere llegar al infinito, siendo cuestión de política legislativa la fijación del grado donde haya de detenerse la ley. Tal vez la ley italiana llegó demasiado lejos fijando el décimo grado como límite, pues el parentesco que supone este grado es demasiado tenue para tomarlo en cuenta.

bre de 1916 (1). Realizando un postulado de las doctrinas socialistas que responde a la convicción muy difundida de que el parentesco legítimo no constituye un título sucesorio si el grado es tan remoto que casi no exista vínculo, tal Decreto redujo el grado de parentesco para suceder, que el art. 742 del Código civil extendía hasta el décimo, reconociendo el derecho de sucesión en los parientes legítimos de los primeros seis grados. El art. 742 se halla redactado así: «No tiene lugar la sucesión entre parientes más allá del sexto grado». Por tanto, la primera clase de sucesores legales la constituyen los parientes legítimos hasta el sexto grado inclusive. Por este artículo procedía corregir la dicción del art. 755 (relativo a la sucesión del cónyuge supérstite), en el que no tienen razón de ser las palabras finales «dentro del sexto grado».

Las clases no son llamadas sucesivamente en el orden enunciado; abstracción hecha del Estado, que es llamado siempre el último y en defecto de los otros; las tres primeras clases concurren unas con otras, y según el ordenamiento antiguo, podía darse el caso de que una posterior excluyese a la anterior (2).

Por otra parte, la clase, cuando no resulte integrada por una persona única (como la del cónyuge o el Estado), no es toda ella llamada a la sucesión. Especialmente en la primera, que es la más extensa, se deben subdistinguir grupos que se excluyen, que suceden uno con preferencia al otro, de modo que aun cuando haya solamente un miembro del grupo anterior, no podrá pasarse al posterior. Para la subdistinción de estos grupos, el art. 721 ofrece un criterio: «La ley adjudica la sucesión a los descendientes legítimos, a los ascendientes, a los colaterales, a los hijos naturales y al cónyuge por el orden y según las normas establecidas; en defecto de todos ellos, al patrimonio del

(1) Mercurio. *Lo stato erede, nella legisl. di guerra*. Conferencia en el Círculo jurídico de Nápoles (*Dir. e Giur.*, 1917, pág. 185).

(2) Así, por ejemplo, los descendientes legítimos que pertenecen a la primera clase concurren con los hijos naturales y el cónyuge que pertenecen a las clases segunda y tercera; así también, antes de la aludida reforma, si el difunto no dejaba parientes llamados a suceder dentro del sexto grado, el cónyuge excluía a los parientes legítimos ulteriores.

Estado». Resulta de aquí que en la clase parientes legítimos, deben subdistinguirse tres grupos: 1), descendientes; 2), ascendientes; 3), colaterales. Pero como estos tres grupos no son llamados sucesivamente y pueden concurrir los ascendientes con algunos parientes del grupo de los colaterales (como son hermanos y hermanas del difunto), conviene para la recta formulación del concepto de orden sucesorio, modificar las categorías predichas formando una sola con los ascendientes, hermanos, hermanas y sus descendientes (el llamado orden mixto), incluyendo en la de los colaterales todos los parientes desde el tercer grado en adelante. Habrá de este modo en la clase de los parientes legítimos tres órdenes sucesivos: 1), descendientes; 2), ascendientes y hermanos o hermanas; 3), colaterales del tercero al sexto grado. Por *orden* considerado en la clase de los parientes legítimos, debe entenderse el grupo que tiene preferencia sobre otro, de modo que el subsiguiente a aquél no puede suceder mientras exista una persona perteneciente al grupo precedentemente llamado.

En la concesión de la precedencia a uno u otro orden la ley no se ha guiado por la idea de la proximidad parental. Como quiera que en el primer orden son llamados los descendientes hasta el infinito, y en el segundo los ascendientes, también hasta el infinito, puede muy bien ocurrir que sea llamado a la sucesión como descendiente un pariente de grado más remoto (por ejemplo, el nieto *ex avo*) que excluya al ascendiente de grado más próximo (por ejemplo, al padre) o que concurren parientes de grado diverso (el padre y el hermano); que de dos parientes del mismo grado (por ejemplo, el tío y el sobrino *ex fratre*) suceda uno (el sobrino) y el otro (el tío) no. Dentro de cada orden, es el grado lo que determina la preferencia, ya que el grado más próximo excluye al más remoto; habiendo hijos y descendientes de ellos, estos últimos son excluidos por los primeros; en el orden de los ascendientes el padre excluye al abuelo, y en el de los colaterales el tío al primo.

Sentado esto, la regla en nuestro derecho no es de preferencia exclusiva del grado más próximo, sin que sea tampoco dicha

proximidad indiferente; el criterio seguido por la ley es una combinación del principio de que «el grado más próximo excluye al más remoto» con el derecho a suceder de cada clase o dentro de la clase de cada orden.

Así debe interpretarse el art. 722. La ley al regular la sucesión toma en cuenta la proximidad de parentesco, no la preferencia de la línea o el origen de los bienes, a no ser en los casos expresamente establecidos.

La adición que el artículo contiene concerniente a la prerrogativa de la línea o al origen de los bienes exige explicación.

Regía en el Derecho antiguo, y rige todavía en el francés, el principio de que en el caso de sucesión de que no hubiera descendientes, debía la herencia dividirse en dos partes y atribuir una de éstas a los parientes de la línea paterna (ascendientes y colaterales paternos) y la otra a los de la materna (ascendientes y colaterales maternos), distribuyéndose luego en cada línea según el respectivo orden de vocación y sin atender a si los parientes de la línea paterna son más próximos que los de la materna o viceversa. Imperaba también en el Derecho consuetudinario francés (y no fué recogido por el Código napoleónico) el principio de que los bienes inmuebles que el difunto hubiere adquirido a título hereditario de su padre o de los parientes paternos, de su madre o de los parientes maternos, habían de atribuirse a los parientes que perteneciesen a la línea de donde los bienes procedían. Según la fórmula proverbial *paterna paternis, materna maternis* (1). Ambos principios actuando conjuntamente, aunque con independencia uno del otro, producían un fraccionamiento de la unidad orgánica de la herencia que no carecía de inconvenientes.

El legislador italiano abolió ambos principios prescindiendo de toda consideración acerca del origen de los bienes y no per-

(1) Alguien ha sostenido que en el Derecho grecoegipcio imperaba este principio de la sucesión. Frese, *Aus dem gräko-ägypt. Rechtsleben*, páginas 53 y siguientes. En contra, Arangio Ruiz, *Osservaz. sul sistema della success. leg. nel dir. dei papiri*. Cagliari, 1913, pág. 6. Véase Castelli, *I bona materna nei papiri grecoegizi (Studi Scuola papir, 1917, II, páginas 77 y siguientes)*.

mitiendo la distribución del haz hereditario entre las líneas paterna y materna, pues los bienes todos, sea cualquiera su procedencia, se atribuyen a aquel de los parientes paternos o maternos que—según las normas enunciadas—sea más próximo en grado. Excepción única (a nuestro juicio, es más bien una apariencia de excepción) significa la norma del art. 739, por el cual si hay ascendientes supérstites iguales en grado (si fuesen de grado distinto el más próximo excluiría al más remoto), pero desiguales en número (por ejemplo, el abuelo paterno de un lado y ambos abuelos maternos de otro o viceversa), la distribución no se hace por cabezas (o sea un tercio para cada uno), sino que se divide el caudal en dos mitades, atribuyendo una de ellas al ascendiente paterno y la otra a los ascendientes maternos. No hay, en cambio, excepción alguna real ni aparente a la norma que ordena prescindir del origen de los bienes; por ello precisa convenir en que el art. 722, al referirse a los «casos expresamente establecidos», que serían los de excepción al principio de no tomar en cuenta la prerrogativa de la línea ni el origen de los bienes, se halla formulado de modo imperfecto.

§ 137.—*Sucesión de los parientes legítimos*

Brugi, *Ist.*, § 104; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 74; Chironi, *Ist.*, II, 664; Filomusi, *Dir. ered.*, I, §§ 34, 46, 47, 49, 74 y 76; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 608, 613; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 598-603; Planiol, *Traité*, III, números 1.806 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, § 571.

Los sucesores de que nos ocupamos aquí son todos los parientes legítimos del difunto hasta el sexto grado subdivididos en los tres órdenes de descendientes, ascendientes, hermanos, hermanas y descendientes de éstos, y colaterales desde el tercer grado en adelante. Los tres órdenes son, como ya se dijo, llamados sucesivamente, pues a los ascendientes y colaterales fraternos sólo se pasa en defecto de descendientes y a los colaterales ulteriores sólo en defecto de descendientes y colaterales fraternos. Pero como quiera que en el orden llamado mixto (as-

cendientes y colaterales fraternos) no puede faltar la concurrencia en cuanto haya ascendientes supérstites tan solo o solo hermanos o hermanas y sus descendientes, habrá que prever tres casos: que haya sólo ascendientes, sólo colaterales fraternos o unos y otros. La exposición que hacemos prescinde de la existencia del cónyuge supérstite y de la de hijos o padres naturales del difunto; cuando éstos existan, la medida del derecho sucesorio de los llamados se modificará según las normas expuestas en los dos párrafos siguientes, cuando no quede anulado.

I. *Descendientes*.—Primeramente llamados, con exclusión de los demás parientes, son los hijos legítimos; en defecto de éstos, sus descendientes. Estos son llamados por haber premuerto todos o algunos de los hijos, o por ser éstos indignos, o por estar ausentes y suceder por representación; cuando los hijos hubieren renunciado, sus descendientes sucederán por derecho propio. No se toma en cuenta la diversidad de sexo de los hijos o ulteriores descendientes; tampoco su edad ni el matrimonio de que provengan; las hembras se equiparan totalmente a los varones, el primogénito a los nacidos posteriormente, el hijo del primer matrimonio al del segundo (1). Así el art. 736 establece: «Al padre, a la madre y a los demás descendientes sucederán los hijos legítimos o los descendientes de éstos, sin distinción de sexos ni de que provengan de matrimonios diversos».

A los hijos legítimos están plenamente equiparados los legitimados y los adoptivos (art. 737). La ley añade «y sus descen-

(1) Si el padre o madre de cuya herencia se trata contrajo varias nupcias, los hijos habidos de éstas serán hermanos o hermanas consanguíneos (si el de *cuius* era el padre) o uterinos (si era la madre). Pero la unilateralidad de parentesco se da en las relaciones con hermanas y hermanos germanos y tiene importancia en el caso de suceder a un hermano o hermana (como veremos más adelante) pero no en éste en que se sucede a un ascendiente. Sobra decir que para concurrir a una misma sucesión los hijos de diversos matrimonios debe tratarse de la herencia del padre o madre comunes; si, por ejemplo, el padre contrajo matrimonio dos veces y muere la segunda mujer, a la sucesión de ésta sólo pueden ser llamados sus hijos, pues los habidos del primer matrimonio son extraños a esta sucesión; en cambio si muriese el padre serían llamados todos.

dientes», y con ello quiere significar que del mismo modo que los hijos, los descendientes de éstos o los ulteriores descendientes pueden suceder, ya sean legítimos o legitimados; es decir, pueden suceder los hijos legítimos o legitimados del hijo legítimo legitimado o adoptivo. Han de ser descendientes en todo caso, quedando excluidos los hijos adoptivos del hijo. Además, la declaración del art. 737: «los hijos adoptivos y sus descendientes suceden al adoptante, concurriendo con los hijos legítimos de éste, pero no pueden suceder a los parientes del difunto», es conforme al principio de que la adopción sólo crea relaciones de parentesco entre el adoptante y el adoptado.

La distribución de la herencia se hace atribuyendo una cuota igual a cada hijo o ulterior descendiente cuando los llamados ostenten el mismo grado. Lo establece así el art. 736 al declarar que los hijos y descendientes suceden por cabezas cuando están en primer (mejor se debía decir en igual) grado. Cuando sucedan por derecho de representación, la división se hará por estirpes, y, dentro de cada estirpe, por cabezas; de modo que a los descendientes todos del hijo representado les corresponde en conjunto la cuota de éste, que luego se subdividirá por partes iguales entre ellos.

II. *Ascendientes hermanos y hermanas.*—Este orden sucede en defecto de los descendientes; dijimos ya que podían distinguirse tres hipótesis:

I. *Ascendientes solos.*—Si no sobreviven al difunto hermanos o hermanas ni descendientes de éstos, sucederán los ascendientes, excluyendo siempre el grado más próximo al más remoto. Es indiferente que en cada grado figuren todos los ascendientes de ambas líneas o uno o algunos solamente; si sólo hay uno, recogerá él solo toda la herencia. Viviendo, pues, los padres o uno de ellos, quedarán excluidos los abuelos; viviendo éstos, los bisabuelos.

Cuando haya más de un ascendiente del mismo grado, el criterio legal, en lo que se refiere a la división, no es el de que ésta haya de verificarse siempre por cabezas, o sea, por cuotas iguales. Se hace por cabezas si se trata de ascendientes de pri-

mer grado: el padre y la madre suceden en porciones iguales (artículo 738). Si suceden los abuelos o ulteriores ascendientes, la ley ordena que se divida la herencia en dos mitades si hay ascendientes paternos y maternos, y atribuye una mitad a aquéllos y la otra a éstos, aun cuando concurren en número desigual. Cada una de las dos mitades se subdivide luego por cabezas (artículo 739). Así, viviendo el abuelo paterno y los abuelos maternos, aquél recibe $\frac{1}{2}$ del haz hereditario y cada uno de éstos $\frac{1}{4}$ del mismo; si vive, en cambio, el abuelo paterno y los cuatro bisabuelos maternos, éstos no percibirán nada, pues resultan excluidos por el abuelo que es de grado más próximo.

2. *Hermanos solos.*—Si el difunto no deja ascendientes y si sólo hermanos y hermanas, suceden éstos, dividiéndose la herencia entre ellos por cabezas; si alguno de ellos o todos hubieren premuerto, estén ausentes o sean indignos, serán llamados sus descendientes por derecho de representación, sucediendo por estirpes (art. 741).

La sucesión de hermanos y hermanas por cabezas tiene lugar cuando son todos de una misma especie, es decir, todos germanos o unilaterales (consanguíneos o uterinos). Pueden concurrir germanos con unilaterales, y, previendo este caso, dispone el artículo 741: «Los hermanos o hermanas consanguíneos o uterinos y sus descendientes, concurriendo con hermanos o hermanas germanos, tienen derecho a la mitad de la cuota que corresponde a estos últimos».

Para la determinación de la cuota de los unilaterales pueden seguirse dos sistemas de resultados distintos, que responden a dos diversas interpretaciones de la norma. Si ésta se entiende en el sentido de que al unilateral corresponde la mitad de la cuota que le correspondería si fuese germano (llamada *quota iuris*), habrá que dividir la herencia entre el número de hermanos germanos y unilaterales, y, de la cuota así obtenida, atribuir la mitad al unilateral, subdividiendo la otra mitad entre los germanos. Por ejemplo, si el haz hereditario es de 60 y son llamados a suceder dos hermanos germanos (A y B) y otro consanguíneo o uterino (C), el haz hereditario se dividirá por 3; del cociente 20 se

asigna la mitad al unilateral, y así tendremos: cuota de C = 10, cuota de A = 25 y cuota de B = 25. Si, por el contrario, se interpreta la citada norma en el sentido de que el hermano unilateral tiene derecho a la mitad de la cuota que, efectivamente, corresponde al germano (llamada *quota facti*), cada germano se contará por dos, y la herencia habrá de dividirse por el número que represente la suma de los hermanos germanos y unilaterales, contando aquéllos por el doble de su verdadero número; el cociente representará la cuota del unilateral, y el duplo del cociente la cuota del germano. Así, en el ejemplo citado, el haz de 60 se dividirá entre 5, y el cociente 12 será la cuota de C, correspondiendo a A y B 24 a cada uno (1).

Como se ve, ambos sistemas conducen a resultados diferentes, pues la cuota de derecho del unilateral es menor que la cuota de hecho (2); por otra parte, prescindiendo de la relación

(1) También la cuota de derecho puede obtenerse mediante otra operación, o sea dividiendo el haz en dos mitades y atribuyendo una mitad a los germanos y la otra a los germanos y unilaterales. En el ejemplo del texto $60 : 2 = 30$; la primera mitad 30 se atribuye a A y B, obteniendo 15 cada uno; la otra mitad 30 a A, B y C obteniendo 10 cada uno. Por consiguiente, A tendrá $15 + 10 = 25$; B lo mismo y C 10. La identidad de resultado de ambas operaciones es consecuencia de que mediante el cálculo indicado en el texto los unilaterales deben entregar a los germanos la mitad de lo que consignent, concurriendo con éstos a toda la herencia; cuando en lugar de concurrir con los germanos por la totalidad, concurren en la mitad de haz hereditario perciben ya la mitad y no precisa hacer ulteriores deducciones. Se puede esto comprobar con la siguiente fórmula: Llamando a al caudal m al número de hermanos germanos, n al de los unilaterales y x a la cuota del hermano unilateral, la operación indicada en el texto es $x = \frac{a}{m+n}$ y la indicada en la nota es $x = \frac{\frac{a}{2}}{m+n}$

desarrollando ambas igualdades resultan iguales entre sí en efecto $\frac{a}{2} \times \times 2 = \frac{a}{m+n} \times (m+n)$ de donde $a = a$.

(2) Puede representarse mediante la fórmula $\frac{a}{m+n}$ la cuota de derecho, y con la de $\frac{a}{(m \times 2)} + n$ la de hecho, y desarrollando ambas fórmulas se obtiene $a m + a n$ y $a m + \frac{a n}{2}$ de las cuales la segunda es menor que la primera.

cuantitativa entre ellos, en el sistema de la cuota de hecho hay una proporción constante, pues el germano tiene en todo caso una cuota doble, cualquiera que sea el número de hermanos, mientras que en el sistema de la cuota de derecho la proporción varía según el número de hermanos. La mayoría de los autores opta por el sistema de la cuota de hecho.

En defensa de este sistema pueden aducirse los siguientes argumentos, además del de la constancia de la proporción: el haber empleado la fórmula de «mitad que *corresponde* a los germanos», mientras que en otro lugar, refiriéndose al hijo natural que concurre con el legítimo, emplea la de «mitad de la cuota que le hubiese correspondido si fuese legítimo», con lo cual se alude a la *quota iuris* el ser más racional que quien, teniendo como tiene el germano un doble grado de parentesco con el difunto, obtenga una cuota doble (como se le atribuye en el sistema de la *quota facti*), y no más del doble (como le atribuye el de la *quota iuris* (1)).

3. *Ascendientes que concurren con hermanos y hermanas.*— Los principios o normas que regulan esta concurrencia son: que los padres, concurriendo por partes iguales con los hermanos y hermanas del difunto, no deben nunca obtener conjuntamente menos del tercio; que los hermanos y hermanas unilaterales consiguen la mitad solamente de la cuota que corresponde a los germanos; que, en defecto de germanos, se reputan como tales los padres para los efectos de reducir a mitad la cuota de los unilaterales; que, si faltan los padres, ocupan su lugar los ulteriores ascendientes, teniendo derecho también al mínimo del tercio (artículo 740). Este tercio representa aquí lo que en la sucesión testamentaria significa la legítima o reserva de los ascendientes, a los cuales es asegurada la cuota del tercio (art. 807); se atribuye éste a los dos padres conjuntamente, entre los cuales se distri-

(1) Un amplio resumen de las diversas opiniones se contiene en Venzi en *Pacifici Ist.*, VI, pág. 122 n. b. Véase Ascoli en *Riv. dir. civ.*, II, 1910 pág. 288, y Losana, *Quota di diritto e quota di fatto (Fore it.*, 1922, I, pág. 416, y 1923, I, pág. 412), el último opta por el sistema de la cuota de derecho.

buirá por mitad, o se atribuye todo el tercio al supérstite único. Finalmente, aplicándose el derecho de representación en la sucesión de hermanos y hermanas, en lugar de éstos pueden suceder, concurriendo con los demás y por estirpes, sus descendientes.

Sentado esto, cuando con los padres o con uno de ellos concurren hermanas o hermanos germanos, sucederán todos por cabezas; la herencia se divide en tantas cuotas iguales cuantos sean los germanos y padres. Pero con la salvedad siempre de que a los dos padres o al de ellos supérstite único se atribuya siempre el tercio. Cuando el número de germanos sea tal que no permita la susodicha reserva del tercio (si, por ejemplo, con ambos padres concurren más de cuatro o con el padre o madre únicos más de dos germanos), habrá primeramente que deducir el tercio en favor de los padres o del de ellos supérstite único; el resto se distribuirá por partes iguales entre los germanos. Si con padres y germanos concurren hermanas o hermanas unilaterales, el cálculo se hará del mismo modo, pero los unilaterales percibirán la mitad de la cuota de los germanos. Esto implica que la división debe hacerse contando por dos a cada uno de los padres y por dos también a cada germano; cada unilateral contará, en cambio, por uno; una vez dividido el haz hereditario por la suma así obtenida, el cociente representará la cuota del unilateral, y el doble del cociente la de cada padre y cada germano. Lo mismo debe decirse en el caso en que con los padres concurren solamente unilaterales; aun faltando hermanas germanas, la cuota de los unilaterales será la mitad de la que corresponda a los padres, como si éstos fuesen germanos. Finalmente, en defecto de ambos padres, la cuota que si viviesen les correspondería se atribuye a los demás ascendientes próximos, esto es, a los abuelos, a los bisabuelos, cualquiera que sea su número. Esto significa que si los abuelos o bisabuelos son más de dos, nunca contarán por más de dicho número, porque su cuota no puede ser nunca mayor que la de los padres a qui

tuyen; tampoco pueden sus cuotas, en conjunto, ser inferiores al tercio por idéntica razón. Rige también el principio de que el ascendiente próximo excluye al remoto, y el de que, habiendo as-

endientes paternos y maternos, la división entre ellos se hará por líneas y no por cabezas (1).

III. *Colaterales*.—Figuran en este orden todos los colaterales desde el tercero al sexto grado, excepción hecha de los descendientes de hermanos o hermanas que, como se ha visto, figuran en el orden precedente. El art. 742 establece: «Al morir una persona sin dejar descendientes, padres, ascendientes, hermanos o hermanas ni descendientes de éstos, la sucesión se abre en favor del pariente o parientes más próximos del difunto sin distinción de línea paterna o materna. La sucesión no tiene lugar para los parientes en grado ulterior al sexto». Son, pues, llamados a suceder los tíos, primos, colaterales ulteriores, quedando el más remoto excluido por el más próximo y dividiéndose el haz entre los llamados del mismo grado por cuotas iguales, sin consideración a las líneas paterna o materna, ni a la unilateralidad o bilateralidad del vínculo y sin que se admita jamás el derecho de representación.

138.—*Sucesión de los parientes naturales*

Brugi, *Ist.*, § 105; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 89; Chironi, *Ist.*, II, § 465; Filomusi, *Dir. eretá.*, I, §§ 35-45, 50; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 615-616; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 605 y 608; Planiol, *Traité*, III, núms. 1.820 y siguientes; Windscheid, *Pond.*, III, § 571.

El parentesco natural llamado a suceder es solamente el del padre y el hijo; no se va más allá de éstos, pues como dice el artículo 745, el hijo natural no tiene derecho alguno sobre los bienes de los parientes de su padre o de su madre, ni estos parientes lo tienen tampoco sobre los bienes del hijo natural.

Excepcionalmente se llega a la descendencia legítima del

(1) Una grave cuestión surge en este caso cuando uno de los llamados en cada grupo o todo el grupo (padres, abuelos, hermanos y hermanas) renuncia a la herencia. La cuota del renunciante, ¿acrece a los otros, o se distribuye al grado subsiguiente? La cuestión es muy compleja y no puede ser tratada aquí. Filomusi, *ob. cit.*, § 48.

hijo natural cuando éste haya premuerto, esté ausente o sea indigno (según algunos, también cuando hubiere renunciado); a esta descendencia se atribuyen idénticos derechos que a su autor (art. 748).

Hijo natural es el que ha sido reconocido o declarado (artículo 743); al hijo cuya paternidad o maternidad no resulte establecida, como no le liga vínculo parental alguno, carece también de derecho sucesorio.

Hijos naturales.—La posición que la ley atribuye al hijo natural no podía en modo alguno ser igual a la del hijo legítimo por la preeminencia que la larga tradición y las exigencias morales y sociales aseguran a la familia legítima. Como especialmente se manifiesta la inferioridad del hijo natural, es situándolo frente al hijo legítimo; y no sólo por la cuantía de su cuota, si que también por el modo de conseguirla.

Dicho esto, precisa considerar separadamente (como lo hace el Código) los varios casos de concurrencia del hijo natural con los parientes legítimos o el cónyuge del de *cuius*.

1. Si el hijo natural concurre con hijos legítimos o con descendientes de éstos, tendrá derecho a la mitad de la cuota que le correspondería si fuese legítimo (art. 744). De la fórmula empleada se deriva que la cuota de que aquí se trata es la *quota iuris*; el cálculo deberá hacerse del modo indicado para fijar la cuota de derecho de los hermanos unilaterales. La inconstancia de la proporción (la cuota aumenta o disminuye según el número de hijos legítimos y unilaterales que concurren) podrá parecer una solución injusta, pero no cabe duda de que es querida por la ley.

Esta cuota no la obtiene el hijo natural como cualquiera otro heredero; para confirmar la preeminencia de la familia legítima, la ley faculta a los hijos legítimos para pagarla en dinero o en bienes inmuebles justipreciados (art. 744). Por eso el hijo natural no tiene la *saisine* que corresponde a todo heredero y debe pedir a los hijos legítimos la posesión de su cuota (art. 927).

Estas particulares circunstancias, que no se reproducen cuando el hijo natural concurre con otros parientes, ha plantea-

do la cuestión de si el hijo natural concurriendo con los hijos legítimos es heredero verdadero y propio. Algunos autores lo niegan (1), pues estiman que la *saisine* y la participación en la comunidad hereditaria son consecuencias de la condición de heredero; y el hijo natural carece de una y otra, pudiendo los legítimos pagarle su cuota en dinero. Su posición sería, pues (excluida la idea de que su cuota sea un simple crédito), la de un legatario *ex lege*, o sea la del legatario de una cuota del patrimonio, no de una o varias cosas singulares (2). La consecuencia más importante de esto es que el hijo natural, siendo un sucesor a título particular, no vendría obligado por las cargas de la herencia en más de la cuantía de ésta, ni en más de la cuantía de su cuota. Otros, los más, sostienen que el hijo natural es heredero aun cuando no participe en la comunidad hereditaria ni tenga la *saisine*. Fuerza a considerarle como tal el ser como es llamado a una cuota y el diferir nuestro Código en este punto del francés, que niega al hijo natural la cualidad de heredero y lo llama (ya no después de la ley de 25 de Marzo de 1896) con los sucesores irregulares (3).

2. La sucesión del hijo natural cuando no hay hijos legítimos ni descendientes de éstos, se caracteriza porque por un lado se atribuye a aquél una condición inferior a la del hijo legítimo en cuanto que el hijo natural no excluye a los padres ni a los demás ascendientes del difunto, y por otro se le otorga una posición mejor que la que le es atribuída en otras legislaciones, en cuanto que excluye a todo pariente colateral y adquiere concurriendo con sólo esto toda la herencia. Puede el hijo natural concurrir con los ascendientes; la medida de su cuota en este caso vendrá determinada por la que se reserva a los ascendientes, que es de un tercio; por tanto, la cuota del hijo natural será de dos tercios. Y como el cónyuge del difunto se equipara a los ascendientes, la cuota del hijo natural será tam-

(1) Principalmente Filomusi-Guelfi, *Dir. ered.*, I, páginas 128 y siguientes, que fué el primero en sostener y defender esta teoría.

(2) Filomusi, *ob. cit.*, *loc. cit.*, y en muchos de sus cursos anteriores

(3) Véase Venzi en *Pacifici Ist.*, VI, pág. 135 n. c.

bién en tal caso de dos tercios cuando concorra con sólo el cónyuge superstite (art. 745). Pero si el difunto dejase ascendientes y cónyuge, concurriendo con ellos el hijo natural, éste deberá sufrir otra reducción: detraído el tercio en favor de los ascendientes, y un cuarto en favor del cónyuge, el remanente de la herencia, o sean los cinco doceavos restantes, se atribuye al hijo natural (art. 745, párr. 1.º). Excusado es decir que el tercio de los ascendientes se distribuye entre éstos a tenor de los artículos 738 y 739, y que los dos tercios o cinco doceavos, respectivamente, corresponderán en su totalidad al hijo natural único; si los hijos naturales fuesen varios, se distribuirán entre ellos en porciones iguales.

3. Cuando no sobreviven al padre o madre descendientes legítimos, ni ascendientes ni cónyuge, los hijos naturales suceden en toda la herencia (art. 747).

La capacidad del hijo natural cuando no percibe toda la herencia, es una capacidad limitada; en efecto, en la sucesión testamentaria, el art. 768 sienta el principio de que si hubiere descendientes o ascendientes legítimos del testador, el hijo natural no puede percibir más de lo que le correspondería en el caso de la sucesión intestada.

De aquí la razón de la norma del art. 746, según la que el hijo natural debe imputar a su cuota todo cuanto hubiere recibido del padre por donación que no sea colacionable; esta imputación se hace detrayendo de la cuota el valor de las donaciones recibidas y es obligatoria aunque medie dispensa, de modo que el hijo natural debe aportar a la masa para formarla las donaciones recibidas lo mismo que el hijo legítimo. A esta imputación resulta obligado el hijo natural frente a los demás

cos sólo esta obligación frente a los hijos legítimos y a los ascendientes (para los que se da el precepto del art. 768) excluyéndola frente al cónyuge, pues con respecto a éste no sufre el hijo natural restricción alguna en su capacidad de percibir.

Hijos adulterinos e incestuosos.—La sucesión de que nos hemos ocupado hasta aquí es la de los hijos naturales reconocidos

o declarados. Con ello quedan excluidos los hijos naturales simples y los hijos naturales que no son reconocibles, como los adulterinos e incestuosos. Sin embargo, la grave situación en que se coloca a estos últimos resulta aliviada por un precepto inspirado en razones humanitarias: «cuando la filiación conste por uno de los modos establecidos en el art. 193 (o sea cuando la paternidad o maternidad resulte indirectamente de sentencia civil o penal o de un matrimonio declarado nulo, o cuando resulte de expresa declaración escrita de los padres), se atribuye a estos hijos un derecho de alimentos fijado en proporción al haber del padre o de la madre y al número y calidad de los herederos legítimos» (art. 752). Que este derecho no atribuye la condición de heredero, resulta evidente; es discutible, en cambio, si tal derecho tiene las características de un simple derecho de crédito que originariamente se cargue al padre y sea transmisible a los herederos de éste, o si es un derecho sucesorio a título particular, esto es, un simple *legatum ex lege* (1). En cuanto a la medida o cuantía, no es fija; se tiene siempre en cuenta la necesidad del hijo (la cual es supuesto necesario del reconocimiento de tal derecho) y varía y se reduce cuanto más próximos y numerosos sean los herederos legítimos del difunto. Semejante derecho debe reputarse atribuido a los hijos naturales reconocibles que no hayan sido reconocidos, cuando su paternidad o maternidad resulte acreditada por uno de los modos establecidos en el art. 193; pues no es concebible que la ley haya querido otorgar a los hijos naturales simples (que constituyen una ofensa menos grave a la familia legítima) un trato peor que el que concede a los adulterinos e incestuosos.

Padres naturales.—Supongamos ahora el caso, de que el padre natural sobreviva al hijo. Teniendo el hijo natural descen-

(1) Vide Cicu, *Sul diritto alimentare dei figli adulterini e incestuosi* (*Riv. dir. civ.*, III, 1911, páginas 191 y siguientes), quien con nuevas y agudas observaciones se inclina a la opinión común de que el derecho de los hijos adulterinos e incestuosos es un derecho de crédito, una obligación que a la muerte del padre o madre se transmite a sus herederos; pero al propio tiempo dice que debiera ser un derecho sucesorio, el cual debiera ser reconocido en la futura reforma del Código.

dencia, ésta (ya sea legítima, ya natural), excluye a los padres; pero cuando no hay prole, la ley llama a la sucesión del hijo natural a los padres naturales de éste cuando los hubieren reconocido ambos (o hubieren sido declarados tales padres por sentencia) o al que de ellos le hubiere reconocido. Siendo único el padre, a él se atribuye toda la herencia; habiendo dos, corresponde ésta por mitad a cada uno (art. 750). En los padres termina el llamamiento de los ascendientes; por tanto, si los padres faltan, ni los abuelos ni los ulteriores ascendientes tienen derecho alguno a suceder. El derecho de los padres sufre una limitación si el hijo natural (supuesta siempre la falta de descendencia) deja supérstite al propio cónyuge; en la concurrencia de éste con aquéllos, la mitad de la herencia se atribuye al cónyuge y la otra mitad al padre o padres naturales (art. 751).

§ 139.—*Sucesión del cónyuge supérstite*

Brugi, *Ist.*, § 106; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 108; Chironi, *Ist.*, II, § 464; Filomusi, *Dir. cred.*, I, §§ 51-73; Zachariae, *Man.*, IV, § 617; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, § 606; Planiol, *Traité.*, III, núms. 1.589 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, § 574 (1).

La posición que nuestra ley atribuye al cónyuge supérstite en la sucesión *ab intestato* varía en cuanto a la naturaleza y cuantía del derecho, según los parientes con que aquél concurre. Varía en cuanto a la naturaleza del derecho porque mientras concurrendo con hijos legítimos la cuota que le es atribuída lo es sólo en usufructo, concurrendo con otros parientes del difunto,

(1) Buscemi, *Quota del coniuge superstite* (*Arch. Giur.*, VII); Gallupi, *La successione dei coniugi nel dir. civ. it.*, Roma, 1873; Losana, *Successioni tra coniugi*, Torino, 1877; Gallavresi, *I diritti del coniuge superstite* (*Mon. trib.*, 1879, páginas 649 y siguientes); Todaro, *della*; Gallia, *I diritti del coniuge superstite*, Torino, 1887; Boissonade, *Hist. des droits de l'époux survivant*, 1874; Delpech, *Essai hist. sur le droit de succ. ab intestato du conjoint survivant*, Paris, 1897.

dicha cuota se le atribuye en propiedad; varía en cuanto a su cuantía porque la cuota aumenta tanto más cuanto más remotos son los parientes del difunto con quienes concurre, absorbiendo el cónyuge la totalidad de la herencia cuando el difunto deja parientes de grado ulterior al sexto. El Código italiano llegó en esto más lejos que otras legislaciones precedentes al considerar el vínculo conyugal y la intimidad de vida y afectos de los cónyuges como un título no inferior y a veces superior al de los parientes consanguíneos. Al cónyuge supérstite es, pues, asegurado un derecho sucesorio en todo caso, cualquiera que sea el número y la calidad de los herederos con quienes concorra y su condición económica (1). Pero es necesario que sea verdadero cónyuge, es decir, que esté unido al difunto por matrimonio válido (matrimonio civil, no religioso), o si el matrimonio hubiese sido declarado nulo, contraído de buena fe (matrimonio putativo); además precisa que en el momento de la apertura de la sucesión no haya recaído sentencia firme de separación personal por culpa del cónyuge supérstite (art. 757).

Examinando los diversos casos de concurrencia previstos por la ley y alguno de los no previstos por ella, daremos las oportunas reglas:

1. El caso más notable, por la cuestión que plantea sobre la naturaleza del derecho del cónyuge, es aquel en el que sobreviven al difunto hijos legítimos o legítimos y naturales. Siguiendo la tradición romanística, la ley fija su medida, estableciendo que la cuota del cónyuge no debe superar a la del hijo legítimo, y, en todo caso, nunca excederá de la cuarta parte de la herencia (2); respecto al derecho, establece que la cuota le sea atribuída en usufructo para que, a la muerte del cónyuge, se consolide dicho usufructo en los hijos. La norma que de ello se deduce (artículo 753) es la de que al cónyuge corresponde en la herencia el usufructo de una porción hereditaria igual a la de cada

(1) En el Derecho justiniano el cónyuge supérstite tiene derecho a la cuarta parte (*quarta uxoria*), si es pobre (números 53 y 197). Lo mismo en algunos Códigos italianos anteriores (Código napolitano, artículo 689, L. est., art. 836, C. parm., 659).

(2) De Crescenio, *Della quarta uxoria* (*Foro it.*, 1877, I, pág. 516)

hijo, contándose al propio cónyuge en el número de éstos, sin que la porción que le fuere atribuída pueda exceder de la cuarta parte de la herencia (caso de ser los hijos menos de tres); concurriendo hijos naturales y legítimos, el usufructo del cónyuge es de una porción igual a la de cada hijo legítimo.

Se pregunta ahora en primer término: ¿De qué modo se formará la cuota del cónyuge cuando éste concorra con hijos naturales y legítimos? (1). Como al hijo natural corresponde la mitad de la cuota del legítimo y la ley nada declara en cuanto a la medida en que deben contribuir los hijos para constituir la cuota usufructuaria del cónyuge, han sido propuestos varios sistemas de computación, de los cuales dos son los más racionales. Se divide el haz hereditario por el número de hijos legítimos y naturales y se reduce el cociente a la mitad para determinar la cuota de los naturales, distribuyéndose la otra mitad entre los legítimos; sobre la cuota del hijo legítimo así fijada se calcula el usufructo del cónyuge; para formarla contribuyen los hijos legítimos y los naturales, en proporción a sus respectivas cuotas (2), o se verifican dos divisiones: la primera para determinar la cuota de propiedad de los hijos legítimos y naturales, y la segunda para determinar la cuota en usufructo; en esta segunda se divide el haz hereditario por el número total de hijos legítimos y naturales y cónyuge, se reduce el cociente a la mitad para fijar la cuota de los naturales y la otra mitad se subdivide por el número de hijos, más el cónyuge; sumando luego el cociente obtenido

(1) Cuando con el cónyuge concurren tan sólo hijos legítimos, el cómputo es muy simple: basta dividir el haz hereditario por el número de hijos más el cónyuge; el resultado de esta operación representará la cuota en usufructo del cónyuge. Por ejemplo: sea el haz 12, los hijos legítimos 4 y el cónyuge supérstite. Tendremos: $12 : 5 = 2,40$ cuota usufructuaria del cónyuge y cuota en plena propiedad de cada hijo; a la muerte del cónyuge cada hijo obtiene $1/4$ de $2,40 = 0,60$ y completa de este modo su cuota de 3 en pleno dominio.

(2) Ejemplo: Haz 12, hijos legítimos 4, naturales 1, cónyuge 1. El haz de $12 : 5 = 2,40$ cuota del hijo legítimo; la mitad de $2,40$ ó sea $1,20$ cuota del hijo natural; la otra mitad $1,20 : 4 = 0,30$ que se añade a la cuota del hijo legítimo el cual tendrá así $2,70$. De $2,70$ será la cuota usufructuaria del cónyuge. En efecto, $2,70 \times 4 = 10,80 + 1,20 = 12$

al anterior, tendremos la cuota en usufructo (1). No es el caso ahora de aludir a las objeciones hechas a ambos sistemas (2).

Se pregunta, en segundo término, si el que se atribuya al cónyuge una cuota en usufructo, no en propiedad, implica el que no tenga aquél la condición de heredero. Para determinar la naturaleza jurídica del derecho atribuído al cónyuge interesa tener presente el art. 753, párrafo último, a cuyo tenor la cuota del cónyuge puede ser satisfecha por los hijos legítimos, constituyéndole una renta vitalicia o asignándole frutos de bienes inmuebles o entregándole capitales hereditarios en cuantía establecida de mutuo acuerdo o por la Autoridad judicial; en tanto el derecho del cónyuge no resulte satisfecho, conserva éste su derecho de usufructo sobre todos los bienes hereditarios (art. 819).

Esta *facultas solutionis* (3) por la que los hijos pueden excluir al cónyuge de la comunidad hereditaria no destruye la naturaleza real del derecho de usufructo correspondiente al cónyuge ni convierte éste en un mero derecho de crédito. Ahora bien, hay algunas razones substantivas y formales para rechazar que el cónyuge, en este caso de concurso, sea heredero; en ello coinciden casi todos los autores. Heredero es quien sucede en el *universum ius* del difunto o en una cuota del mismo; quien tiene e usufructo de todos o parte de los bienes no sucede en la totali-

(1) Ejemplo: el mismo anterior; la primera operación se practica como antes y fija la cuota del hijo legítimo en 2,70, la del natural en 1,20. La segunda se expresará $12 : 6 = 2$; la mitad $2 = 1$, esta es la cuota en plena propiedad del hijo natural; la otra mitad dividida por 5 da 0,20; de 2,20 será la cuota en plena propiedad del hijo legítimo y de 2,20 la usufructuaria del cónyuge. A la muerte de éste, cada hijo completa su porción en plena propiedad; es decir, el legítimo añade a sus 2,20, 0,50 de la cuota que perteneció al cónyuge y el natural a la suya de 1, 0,20.

(2) Filomusi, *Dir. cred.*, I, § 64, páginas 247 y siguientes; Melucci, *Il dir. di successione (Lezioni, 1910)*, páginas 342 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 142, n. 1.

(3) El que esta facultad no pueda ejercitarse individualmente, sino sólo colectivamente se deduce como consecuencia de la protección debida a los derechos del cónyuge, el cual no podría en modo alguno ser forzado a recibir fracciones de diversa especie en satisfacción de su crédito.

dad, sino en una relación singular; la cualidad de heredero, una vez adquirida, es perpetua e indeleble; la de usufructuario, en cambio, esencialmente temporal; la ley no habla de la *herencia* del cónyuge, sino de los derechos a él atribuidos. Es, pues, un legatario *ex lege*, y, como tal, no tiene *saisine* hereditaria ni responde de las deudas *ultra vires hereditatis*; así que no necesita recurrir al beneficio de inventario.

Se pregunta, en fin, sobre qué bienes deberá calcularse la cuota de usufructo. La cuestión se plantea en el caso de que el cónyuge predifunto haya hecho donaciones a los hijos; pues no teniendo, como no tiene, el cónyuge supérstite la condición de heredero, no puede pedir que se colacionen los bienes donados (artículos 1.001, 1.014), y, por otra parte, debiéndose los hijos entre sí tal colación y debiendo ser la cuota usufructuaria del cónyuge igual a la de cada hijo, surge la duda de si el cónyuge puede aprovecharse de esto exigiendo una cuota igual a la que a cada hijo corresponde después de efectuada la colación. La duda debe resolverse negativamente en el sentido de que la cuota del cónyuge se fija sobre el *id quod relictum*, o sea, que tal cuota habrá de ser igual a la que cada hijo conseguiría si se procediese a la división de los bienes exclusivamente dejados por el difunto, debiendo respetarse en todo caso el mínimo que como reserva se asegura al cónyuge (art. 812), quien sólo en el caso de que se viole dicha reserva podrá, previa reunión ficticia, exigir la reducción de las donaciones.

2. Cuando no hayan hijos legítimos, pero sí ascendientes o hijos naturales, o hermanos ó hermanas, o descendientes de éstos, se atribuirá al cónyuge supérstite en propiedad la tercera parte de la herencia (art. 754). En éste (como en los demás casos de concurrencia), la cuota se atribuye en pleno dominio, y por ello, en tal caso, es el cónyuge indiscutiblemente heredero. Los otros dos tercios corresponderán a los ascendientes o a los hijos naturales o a los hermanos o hermanas, entre los cuales se distribuirán según las normas propias de cada orden.

3. Puede ocurrir también que coexistan hijos naturales y ascendientes legítimos; en tal caso, la cuota del cónyuge se re-

duce a una cuarta parte en propiedad (art. 754), un tercio corresponderá a los ascendientes y el resto ($\frac{5}{12}$) se atribuirá a los hijos naturales.

4. Si el cónyuge concurre con ascendientes y con hermanos o hermanas, como este caso de concurrencia no se halla previsto en la ley (1), sostienen algunos que debe resolverse como el precedente ($\frac{1}{4}$ al cónyuge, $\frac{1}{3}$ a los ascendientes, $\frac{5}{12}$ a los hermanos), otros que debe atribuírsele el tercio, $\frac{1}{3}$ a los ascendientes y $\frac{1}{3}$ a los hermanos.

5. Concurriendo el cónyuge con los padres naturales, aquél tendrá derecho a una mitad y éstos a la otra (art. 751).

6. Si el difunto deja otros parientes que no sean los dichos comprendidos dentro del sexto grado; se atribuyen los dos tercios de la herencia al cónyuge (art. 755).

7. Finalmente, el cónyuge adquiere toda la herencia cuando el difunto no deje parientes llamados a suceder, o como dice el Decreto-ley de 16 de Noviembre de 1916, núm. 1.686, cuando deje parientes de grado ulterior al sexto.

8. Un último caso de concurrencia no previsto en la ley es el de que con el cónyuge legítimo concorra otro cónyuge putativo (art. 116). Las soluciones propuestas para fijar la cuota son dos: considerar a ambos cónyuges como si fuesen uno solo, y, por tanto, una vez asignada al cónyuge legítimo la cuota que

(1) Otro caso de concurrencia no previsto, es a mi juicio, el de que un cónyuge cosuceda con hermanos o hermanas consanguíneos o uterinos del difunto o con hijos de estos hermanos unilaterales; y digo no previsto porque estimo que el art. 754 se refiere al caso de concurrencia con hermanas o hermanos germanos. La solución de este caso se obtiene aplicando también el principio de reducción a la mitad de la cuota de los unilaterales; no importa que dicha reducción a mitad de precio se ordene por el art. 741 para el caso de concurrencia de germanos y unilaterales, porque la ley (art. 740) lo aplica también cuando no hay germanos (caso de concurrencia de hermanos y hermanos unilaterales con los padres). Debiéndose reducir a mitad la cuota de los unilaterales, deriva de ello, que su cuota baja de $\frac{2}{3}$ a $\frac{1}{3}$, y consiguientemente que la cuota del cónyuge supérstite se eleva de $\frac{1}{3}$ a $\frac{2}{3}$. Creo haber probado esto en mi trabajo *Su un caso di concorso nella successione intestata non preveduto dalla legge* (*Atti dell'Accad. Pont.*, LV, páginas 101 y siguientes).

normalmente le corresponde, dividir ésta en partes iguales entre este cónyuge y el putativo; o también (ya que con este sistema toda la carga del segundo cónyuge pesa sobre uno solo de los herederos) llamar a contribuir a todos los herederos indistintamente, incluyendo en ellos al cónyuge legítimo de modo que se atribuya al putativo una porción igual a la que por efecto de la dicha contribución corresponda al cónyuge legítimo (1).

En todos los casos vistos en que hay concurrencia con otros herederos, el cónyuge debe imputar a su porción hereditaria lo que adquiere en virtud de las capitulaciones matrimoniales y de los lucros dotales (art. 756). Debe, pues, imputar a su cuota lo que perciba por donación del otro cónyuge; pero puede ser dispensado de la obligación de imputar, consiguiendo en tal caso su propia cuota hereditaria sin disminución alguna; pero, por otra parte, los que concurren con el cónyuge no pueden exigir tal imputación para completar su cuota cuando los bienes dejados no sean suficientes a formarla. La índole y fin de esta imputación no coinciden con los de la colación e imputación propiamente dicha; la razón de la imputación del cónyuge radica en el propósito legal de limitar la adquisición gratuita que pueda realizar, interpretando así la voluntad del difunto cuando éste no hubiere manifestado otra contraria (2).

(1) Este segundo sistema, más equitativo y razonable, ha sido propuesto por Polacco, *Di un caso singulare di successione fra coniugi* (*Atti R. Acc. di Padova*, XII, 1896, pág. 273).

(2) Respecto al modo de proceder para la imputación de un capital a la cuota de usufructo a fin de hacer comparables los dos términos heterogéneos del usufructo y de la propiedad y en general en lo concerniente al modo de valorar el usufructo, véanse los sistemas propuestos y sus críticas en Filomusi, *Dir. ered.*, I, §§ 67-71, páginas 258 y siguientes; Melucci, *Il dir. di successione*, páginas 393 y siguientes.

§ 140.—*Sucesión del Estado*

Brugi, *Ist.*, § 107; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 120; Chironi, *Ist.*, II, pág. 466; Filomusi, *Dir. ercd.*, I, §§ 77-79; Zachariae, *Man.*, IV, § 617; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, § 606; Planiol, *Tr. sist.*, III, números 1.922 y siguientes.

El último sucesor de los llamados es el Estado. Cuando el difunto no deje cónyuge ni parientes con derecho a suceder, la herencia se atribuye al Estado (art. 758 del Código civil y artículo 4.º, Decreto-ley de 16 de Noviembre de 1916, número 1.686). Pero entiéndase bien, la herencia del ciudadano italiano, porque la norma del Código se aplica solamente a los que están sujetos a la ley italiana; sin embargo, la tendencia es aplicar este precepto a las herencias que los extranjeros dejasen vacantes en el reino (1). Las herencias vacantes son, pues, adquiridas por el Fisco a tenor del Código. Después de la ley de 27 de Julio de 1898 sobre la Caja Nacional de Previsión para la vejez y la invalidez de los obreros (luego texto único, 30 de Mayo de 1902, n. 376), la adquisición se operaba en favor de esta benéfica institución social (2). Con ocasión de la reforma respecto al grado límite de los sucesores, el Decreto de 16 de Noviembre de 1916 atribuyó de nuevo al Estado las herencias vacantes (pues la reforma no fué inspirada en un propósito fiscal), derogando el art. 9.º, letra C del citado texto único y asignando a la dicha Caja una suma anual correspondiente a la media de las adquisiciones por ella verificadas durante el último quinquenio.

En cuanto a la naturaleza de este derecho del Estado, diremos que es muy discutida, creyendo unos que el título es una soberanía eminente por la que el Estado hace suyos por ocupa-

(1) En este sentido vide Cavaglieri, *Il dir. dello Stato sulla successioni vacanti degli stranieri* (*Foro it.*, 1922, I, páginas 83 y siguientes); *Anco-ra sul diritto dello Stato, etc.* (*Foro it.*, 1919, I, páginas 599 y siguientes). En sentido opuesto, Butera, *Il dir. di succ. dello Stato it. sulla eredita vacante dello straniero.* (*Giur. it.*, 1922, I, 2, páginas 407 y siguientes).

(2) Del mismo modo en la Edad Media los *bona vacantia* se atribuían en algunas regiones a los pobres, a los obispos, a los lugares píos.

ción todos los bienes vacantes, otros que se trata de un verdadero y propio derecho de sucesión no diferente por naturaleza y contenido del de los demás herederos llamados antes que él (1). En nuestra opinión, esta última doctrina es más conforme al espíritu y a la letra de la ley, pues refiriéndose al Estado habla de *atribución* y le incluye entre los *sucesores* (artículos 721 y 758); y por otra parte no reconoce el Código italiano el principio del Código francés (art. 539), por el cual todos los bienes vacantes y sin dueño son de dominio público.

Pero a pesar de su cualidad de heredero no puede el Estado ser llamado a responder de las cargas y deudas hereditarias más allá de la herencia, a fin de que no recaigan en él los pasivos de todas las herencias vacantes y de que el beneficio de la sucesión no se convierta en un daño seguro. Independientemente, por tanto, de una aceptación con beneficio de inventario (obligatorio éste por ser el Estado la primera entidad moral, art. 932), el Estado resultaría siempre exonerado del gravamen de las deudas *ultra vires*, debiendo reputarse como un heredero beneficiado de derecho (art. 932).

Finalmente, así como de las personas físicas el Estado es el último heredero, de las morales que se extinguen es el único cuando a los bienes de éstas no se haya dado destino en el acto constitutivo de ellas o en la disposición que las suprime. Pero como ya dijimos (vol. I, § 44), no se puede hablar de sucesión hereditaria de las personas jurídicas, ya que éstas tienen la sucesión activa, pero no la pasiva, por faltar el elemento determinante de ésta, la muerte del individuo (2).

(1) Vide Gibba, *Indole del diritto dello Stato nella successioni vacanti* (*Foro it.*, 1897, I, pág. 936); Persico, *Il dir dello Stato sulla successioni vacanti* (*Riv. dir. civ.*, VIII, 1916, páginas 322 y siguientes); Esperson, *Successione dello Stato nella ereditá vacanti*. Milán, 1913.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—EN materia de sucesión intestada existe una coincidencia fundamental entre los Códigos civiles italiano y español, pero se pueden, sin embargo, notar diferencias subalternas de algún relieve tales como la de límite en la sucesión de colaterales y la eliminación de la clásica concurrencia de los hermanos con los ascendientes. La general tendencia restrictiva en orden a la sucesión de colaterales se manifestó en el Derecho italiano mediante el Real decreto de 16 de Noviembre de 1916, que fijó en el sexto grado el límite para suceder que

situaba en el décimo el art. 742 de su Código civil, en tanto que en el Código español ya se fijó aquél desde un principio, habiendo sido rebajado al cuarto grado por virtud de la reforma introducida en el Real decreto-ley de 13 de Enero de 1928¹ coincidiendo así en este punto con el Código suizo.

En nuestro Código civil tampoco tienen trascendencia sucesoria las circunstancias de sexo y edad, resultando abolidos los privilegios de primogenitura y masculinidad. «Los hijos legítimos y sus descendientes suceden a los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios» (art. 931) Por lo demás la sucesión en línea recta descendente se regula así: «Los hijos del difunto le heredarán siempre por su propio derecho dividiendo la herencia en partes iguales» (art. 932).

«Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales» (artículo 933). «Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación» (art. 934).

En lo que respecta a la sucesión de ascendientes en oposición, como antes hemos dicho al italiano, el Código español, fiel a la tradición del derecho castellano—como Castán hace notar—, acepta el régimen de preferencia absoluta de los ascendientes sobre los colaterales: «A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto le heredarán sus ascendientes, con exclusión de los colaterales» (art. 935). No existe en este orden sucesorio derecho de representación y se hace la atribución por líneas: «El padre y la madre, si existieren, heredarán por partes iguales. Existiendo uno solo de ellos, éste sucederá al hijo en toda la herencia» (artículo 936). «A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado. Si hubiere varios de igual grado pertenecientes a la misma línea, dividirán la herencia por cabezas; si fueren de líneas diferentes pero de igual grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos. En cada línea la división se hará por cabezas» (art. 937).

En la sucesión de colaterales hemos de hacer notar la diferencia, entre el art. 741 del Código italiano llamando por estirpes a los sobrinos que concurren solos y el 927 del español al establecer que si concurren solos heredarán por partes iguales. En lo referente a la indiferencia de la línea de que los bienes procedan y a la participación de hermanos gemelos y unilaterales sigue el criterio del italiano. «Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia» (art. 949).

«En el caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros de la de la madre, heredarán todos por partes iguales, sin ninguna distinción de bienes.»

«Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo» (artículo 951) v. 948 y 927. Tiene lugar derecho de representación en la línea colateral únicamente en el caso a que se refiere el art. 925.

Los demás colaterales, esto es, los que no son hermanos, ni hijos de hermanos del causante, son postergados al cónyuge supérstite; y únicamente en su defecto sucederán ellos sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo (art. 954).

Sucesión de los parientes naturales. — Los hijos naturales, cuando con-

curren con descendientes legítimos del causante de la sucesión, participan en una cuota igual a la mitad que corresponda a cada uno de los legítimos, y si la concurrencia tiene lugar con ascendientes legítimos les corresponde la mitad de la parte de herencia de libre disposición (artículos 942, 840 y 841) «A falta de descendientes y ascendientes legítimos, sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión real» (art. 939), y tienen sus descendientes derecho de representación heredando por estirpes a tenor de los artículos 947 y 941.

«El hijo natural y el legitimado no tienen derecho a suceder abintestato a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que lo haya reconocido, ni ellos al hijo natural ni al legitimado» (art. 943). «A los hijos naturales que mueran sin sucesión legítima ni reconocida les sucederán por entero el padre o madre que les reconoció, y si le reconocieron y viven los dos, le heredarán por partes iguales» (art. 944). A falta de ascendientes naturales le heredarán sus hermanos naturales, según las reglas establecidas para los hermanos legítimos (art. 945).

Sucesión del cónyuge superviviente. También nuestro Código civil ha roto en este punto con la tradición romanista y de nuestro derecho histórico siguiendo la moderna tendencia de favorecer al viudo aproximándole a la sucesión del premuerto y ampliando sus derechos sucesorios. «A falta de hermanos y sobrinos, hijos de éstos, sean o no de doble vínculo, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente que no estuviere separado por sentencia firme de divorcio» (art. 952). «En el caso de existir hermanos o hijos de hermanos, el viudo o viuda tendrá derecho a percibir en concurrencia con éstos la parte de herencia en usufructo que le está señalada en el art. 837 (mitad de la herencia en usufructo). Si el cónyuge viudo concurre con un solo hijo o descendiente legítimo tendrá el usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834, párrafo 2.º). Si concurre con varios hijos o descendientes legítimos tendrá derecho a una cuota en usufructo, igual a la que por legítima corresponda a cada uno de los hijos o descendientes legítimos no mejorados (artículo 834 párr. 1.º). «La porción hereditaria asignada en usufructo al cónyuge viudo deberá sacarse de la tercera parte de los bienes destinada a la mejora de los hijos» (art. 835).

«No dejando el testador descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la tercera parte de la herencia en usufructo. Este tercio se sacará de la mitad libre» (art. 836).

Sucesión del Estado.—«A falta de personas que tengan derecho de heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado, destinándose los bienes a los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita, por el orden siguiente: 1.º Los establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto, 2.º Los de una y otra clase de la provincia del difunto, 3.º Los de beneficencia e instrucción de carácter general» (art. 956). El Estado es, por consiguiente, tan sólo un heredero «fiduciario». Por lo demás, carece de carácter irregular o privilegiado y como otro cualquiera está obligado a obtener judicialmente la declaración de heredero (art. 958) y los establecimientos a que los bienes se destinan tienen iguales derechos y obligaciones que los otros herederos. El Real decreto de 5 de Noviembre de 1918 estableció el procedimiento que había de seguirse para dar a los bienes en que suceda el Estado la aplicación que preceptúa el Código, pero éste ha sido sustituido por el de 23 de Junio de 1928. En cuanto a la distribución del caudal hereditario dispone el art. 19 de este Real decre-

to que una vez liquidados los bienes de la herencia en la forma prevenida, el Delegado de Hacienda pondrá a disposición de la Caja de Amortización de la Deuda pública creada por Real decreto de 1.º de Junio de 1926—la tercera parte del saldo que resulte y comunicará al Alcalde del domicilio del causante el importe de la tercera parte de dicho saldo correspondiente a instituciones municipales y al Gobernador el de la otra tercera parte correspondiente a las provinciales, pero en tanto subsista el régimen legal de retiros obreros, establecido en la base 2.ª del Real decreto de 11 de Marzo de 1919 y en equivalencia de los derechos reconocidos en dicha base y en el art. 12 de la ley de 26 de Julio de 1922 al Instituto Nacional de Previsión, se reconoce a éste una participación del 20 por 100 en las dos terceras partes del caudal líquido de las herencias destinadas a instituciones municipales y provinciales (disposición transitoria primera del Real decreto de 23 de Junio de 1928). Suprimida la Caja de Amortización de la Deuda pública por Real decreto de 11 de Marzo de 1930, se ha dispuesto por Real orden de 1.º de Abril de 1931 que la tercera parte que se había asignado a la Caja citada en las herencias abintestato a favor del Estado se ingrese definitivamente en el Tesoro, imputándose al concepto presupuestario de «Recursos eventuales de todos los ramos».

B. Sucesión testamentaria

CAPITULO XXXIII

Condiciones de la delación testamentaria

§ 141.—*Capacidad de testar y de recibir por testamento*

Brugi, *Ist.*, págs. 761-778; Pacifici, *Ist.*, VI, págs. 157-169; Chironi, *Ist.*, II, §. 468; Filomusi, *Dir. ered.*, II, págs. 8 y 19; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 658-660; Aubry y Rau *Cours*, VII, §§ 648-650; Planiol, *Traité*, III, números 2.887 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 539, 549, 550.

Las condiciones o supuestos para que la sucesión se verifique de modo total o parcial testamentariamente, son: que haya una válida declaración de voluntad del de *cuius*, emitida en la forma ordenada por la ley (testamento), que el de *cuius* sea capaz de disponer y el heredero instituido capaz de adquirir, que la disposición, cuando haya un derecho de sucesión necesaria (cuotas de reserva o legítima) respete éste. En el capítulo siguiente nos ocuparemos del testamento y sus formas, en el presente de las demás condiciones del mismo y de las capacidades de disponer y recibir.

I. *Capacidad de testar.*—Declara el Código (art. 762) que pueden disponer por testamento todos los que, según la ley, no sean incapaces. Y en el artículo siguiente (763) determina quiénes son incapaces. Éste precepto del art. 763 debe ser completado con el del art. 33 del Código penal. Son, por tanto, causas de incapacidad:

a) La edad, cuando no llegue a tener los dieciocho años (artículo 763, núm. 1).

b) La interdicción por enfermedad mental, no la simple inhabilitación (art. 763, núm. 2).

c) La misma enfermedad mental, aunque no resulte comprobada en juicio de interdicción, y las afecciones mentales aunque sean pasajeras, con tal de que la enfermedad o afección subsistan al tiempo de hacerse el testamento.

d) La *condena* a la pena de presidio, que no sólo impide hacer testamento, sino que determina la nulidad del que se hubiere hecho anteriormente (art. 33 del Código penal).

El testamento hecho por estas personas es nulo y no podría convalidarlo la desaparición posterior de la incapacidad, porque el acto originariamente nulo no se convalida, y lo mismo el testamento, aunque pudiera pensarse—ya que la voluntad se debe estimar continuamente renovada y conformada desde el momento de la confección del testamento hasta el de la muerte—, que el menor que llega a la mayor edad o el enajenado que cura, al no hacer nuevo testamento, parece como que quieren que tenga validez el primitivo. Precisa, pues, para que el testamento tenga validez, que se otorgue de nuevo.

Es, pues, principio de nuestro Derecho—y en ello difiere del Derecho romano—, que la capacidad debe tenerse en el momento de otorgarse el testamento, no en el de la muerte; así, por el que está sano, demente más tarde, enferma o es interdictado; la sobrevenida causa de incapacidad no perjudica al testamento hecho cuando esta incapacidad no existía. Una excepción a este principio, basada en la idea de la pena, representa la norma del artículo 33 del Código penal.

Nada tienen que ver con la capacidad de testar todas aquellas causas que vician la voluntad de testar (error, dolo, violencia), que pueden aquí, como en cualquier otro negocio jurídico, extraviar la determinación voluntaria del testador. Se aplican aquí las normas generales expuestas en otro lugar (vol. I, párrafo 27), a las que deben adicionarse las siguientes observaciones relativas al error.

El error puede recaer en la persona a cuyo favor se hace la disposición, es decir, sobre su identidad personal; en tal caso, la

disposición será ineficaz, ya que no se ha manifestado la verdadera voluntad interna. Si solamente hubiere indicación errónea de la persona del heredero o del legatario, pero del contexto del testamento o de otros documentos o hechos resulte claramente determinada la persona del heredero o del legatario, dicha disposición será plenamente eficaz (art. 836). Análogamente, cuando el error verse sobre el objeto, es decir, cuando la cosa legada resulta erróneamente indicada o descrita, pero se conozca sin género de duda el objeto de que el testador quiso disponer, será también eficaz la disposición (art. 836). Además el error puede versar sobre el motivo determinante de la disposición. A este respecto declara el art. 828: «Las disposiciones a título universal o particular, fundadas en causa expresa que resulte errónea, cuando esta causa sea la única que hubiere determinado al testador, no tienen efecto alguno». No se trata aquí de uno de los motivos internos que no influyen en los negocios jurídicos ni en el testamento, sino del motivo único (1) que ha determinado la voluntad del testador, y que se ha exteriorizado mencionándolo expresamente en el acto (por ejemplo, instituyo heredero a Ticio porque no vive ya mi yerno).

II. *Capacidad de recibir.* — Nos remitimos aquí a las nociones fijadas en el párr. 134 sobre la capacidad de suceder en la delación legítima, pues las incapacidades allí indicadas (nacido no viable, ausente, premuerto, indigno), rigen también para la testamentaria, por declararlo así de un modo expreso el art. 764 de la ley — salvo el caso ya recordado del no concebido hijo inmediato de determinada persona que viva al tiempo de morir el testador (art. 746) —, y consignaremos además otras normas peculiares de la sucesión testamentaria. La incapacidad puede ser absoluta o relativa; absoluta, cuando se es incapaz respecto a todos, y tal es el caso del nacido no viable o del no concebido (excepto el caso previsto en el art. 764); relativa, es la que impide recibir sólo de determinadas personas, como, por ejemplo,

(1) El artículo habla de *causa*, pero se refiere al motivo, pues la causa en el testamento y en sentido técnico es el mismo de hacer una liberalidad.

la del tutor o del hijo adulterino o incestuoso, que no pueden aprovecharse de las disposiciones testamentarias del pupilo o del padre natural, o la que impide recibir más de cierta cuota.

Entidades colectivas.—Es importante la cuestión de si pueden o no recibir por testamento las entidades colectivas que no hayan obtenido el reconocimiento o que hubieren perdido éste, es decir, las entidades existentes de hecho, las que hubieren sido suprimidas y las que estuvieren por crearse.

Comoquiera que la persona jurídica sólo existe concurriendo los elementos constitutivos que a su tiempo estudiamos (fin, personas o bienes, reconocimiento por el Estado), faltando tan sólo uno de dichos elementos no puede haber disposición testamentaria en favor de la entidad a que tal requisito falte, pues la disposición testamentaria exige existencia actual y certera del heredero o legatario.

Pero el rigor de los principios debe suavizarse frente a las exigencias sociales. Un caso que merece protección es el de que alguien testamentariamente disponga la creación de una entidad, destinando a ella todo su patrimonio, parte de él o cosas singulares, es decir, instituyendo heredero o legatario a una entidad a crear. La ley prevé este caso y lo permite, conteniendo normas especiales para la creación de establecimientos de beneficencia, cuya fundación persiga la disposición testamentaria (ley de 17 de Julio de 1890 sobre obras pías, art. 84, y Reglamento de 5. de Febrero de 1891, art. 93) (1).

Esta norma no debe limitarse en su aplicación a las instituciones benéficas tan sólo, pues enuncia un principio general aplicable a toda otra especie de personas jurídicas. La disposición es, pues, válida entre sí; pero la adquisición de bienes no podrá haberse hecho de modo definitivo si a la creación no sigue el reconocimiento por el Estado y si no precede a la adquisición la

(1) Vide lo dicho en el primer volumen y además la nota de Filomusi, *Sulla istituzione di un pubblico istituto da fondare* (*Foro it.*, 1904, páginas 981 y siguientes), en la que se hallarán amplias referencias al Derecho histórico y comparado y abundante bibliografía, y además Gabba, *Intorno alla validità della istituzione in erede di un ente morale da fondarsi* (*Quest. dir. civ.*, II, páginas 3.^a y siguientes).

autorización del Gobierno, de la que precisan todas las personas jurídicas para aceptar liberalidades testamentarias (art. 932 del Código civil).

Esto por lo que respecta a las entidades a fundar; pero con mayor razón deberá tal norma aplicarse en favor de una entidad existente de hecho (por ejemplo, una asociación, un círculo, una casa). Se comprende que esta entidad, como tal, no pueda adquirir el legado o ser heredero si no ha obtenido la autorización del Gobierno; y como ésta presupone el reconocimiento del Estado, deberá esperarse éste, el cual puede darse implícitamente en la autorización para aceptar.

Por el contrario, carecen de capacidad las personas jurídicas suprimidas o que no puedan obtener reconocimiento del Estado por ser su fin ilícito o contrario al derecho; la disposición testamentaria sería en tal caso nula sin más. La cuestión tiene para Italia excepcional importancia si se piensa en multitud de entidades eclesiásticas que las leyes del reino suprimieron confiscando sus bienes y prohibiendo rigurosamente su reaparición; tales, por ejemplo, las órdenes monásticas, abadías, prioratos, capellanías, beneficios simples y legados píos. A este respecto deben recordarse las normas siguientes contenidas en el Código civil y en leyes especiales.

El art. 83 declara nulas las disposiciones ordenadas a la institución o dotación de beneficios simples (es decir, que no tengan cura de almas), capellanías laicales y otras fundaciones semejantes, es decir, de todas aquellas entidades que tengan los caracteres de perpetuidad, autonomía, fin de culto, que no se consideren indispensables para las necesidades de los fieles. Son las que suprimió la ley de 15 de Agosto de 1867.

El art. 829, después de declarar inadmisibles la prueba de que las disposiciones en favor de persona designada en el testamento sean aparentes y recaigan realmente en otra persona, añade que la prohibición de esta prueba no rige cuando la institución o legado sean impugnados, por hacerse mediante persona interpuesta en favor de incapaces. Y el art. 773: que toda disposición testamentaria en favor de incapaces es nula, aun cuando sea disi-

mulada bajo la forma de un contrato oneroso o se haga mediante persona interpuesta. Finalmente, la ley de 19 de Junio de 1873, que extendió a la provincia de Roma las leyes sobre corporaciones religiosas y sobre conversión de los bienes inmuebles pertenecientes a las entidades eclesiásticas, estableció en su art. 28 la nulidad de las disposiciones y actos que tendieren a burlar las incapacidades de las entidades eclesiásticas, aun cuando aquéllos fuesen simulados o hechos a nombre de personas interpuestas. De todo ello se deduce que ninguna entidad prohibida, aunque existente de hecho, puede recibir liberalidades, y de modo especial serían nulas las hechas a favor de las asociaciones religiosas, disueltas legalmente, aun cuando la liberalidad se hiciese en favor de uno de sus miembros para favorecer a la asociación, pudiendo, en tal caso, probarse que el heredero o legatario fueron instituidos como persona interpuesta para favorecer a un incapaz (1).

b) *Indignos*.—Pasando a estudiar los casos de incapacidad relativa, o sea, de incapacidad para recibir de determinadas personas, son incapaces en la sucesión testamentaria, como en la legítima, los indignos, los cuales pueden ser perdonados (*remisión*) por el testador (artículos 766 y 726). Tal incapacidad no perjudica a los hijos o descendientes del indigno, ya sucedan éstos por derecho propio, ya por representación (art. 728); tales descendientes tienen siempre derecho a la legítima que hubiera correspondido al excluído (art. 765). La incapacidad del indigno es total y no pueden recibir nada de la herencia del que fué ofendido por ellos.

(1) Contra esta conclusión, Simoncelli, *Sui legati di culto* (*Rend. Ist. Lomb.*, XXXI, 1893); en *Foro it.*, 1901, páginas 307 y siguientes e *ib.*, 1908, página 554, y Coviello en *Giur. it.*, 1901, pág. 327 y en *Man. dir. civ.*, I, página 727, n. 1; Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, páginas 366 y siguientes, y Ferrara, *Tratt. dir. civ.*, I, pág. 721. Véase también Brugi, *Proprieta*, I, páginas 33 y siguientes; Ruffini en *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, páginas 174 y siguientes; Ascoli en *Riv. dir. civ.*, 1909, páginas 251, 409 y siguientes; Mortara en *Giur. it.*, 1908, II, pág. 277; Losana en *Rolandino*, 1918, página 153. Pero admitir la validez de tales disposiciones equivaldría a permitir el fraude de las leyes supresivas y a perpetuar las manos muertas con los inconvenientes todos que las leyes italianas quisieron suprimir.

c) *Tutores*.—Total es también la incapacidad del tutor, quien no puede aprovecharse de las disposiciones testamentarias de su administrado hechas antes de la aprobación de las cuentas definitivas, aunque el testador hubiere muerto después de ser aprobadas (art. 769). Pero se trata de una incapacidad temporal, ya que dura hasta que son aprobadas las cuentas; la razón de esta prohibición radica en el peligro de que mientras prosigan las relaciones de negocios sea el administrado menos libre en la determinación de su voluntad. No afecta la prohibición a los tutores que sean ascendientes, descendientes, hermano, hermana o cónyuge del testador (art. 769) como no afecta tampoco al protutor ni a los curadores de los menores emancipados o de los inhabilitados.

d) *Notarios y testigos*.—También son incapaces y totalmente los Notarios y todo otro funcionario civil, militar, marítimo, consular que hubieren autorizado un testamento público en el que se hagan instituciones o legados en su favor, y los testigos que hubieren intervenido en la confección de un tal testamento para recibir por el mismo (art. 771); también son incapaces las personas que hubiesen escrito el testamento secreto a no ser que el testador haya aprobado la disposición de modo auténtico en el mismo documento o en el acto de su entrega (art. 772). Con ello se mira a impedir todo abuso de confianza por parte de quienes participaron en la confección del testamento, y a evitar cualquiera sospecha sobre la sinceridad de las declaraciones hechas por el testador.

e) *Hijos naturales*.—Hay que distinguir tres categorías de éstos, además de la de los legitimados equiparados completamente a los legítimos: 1) Hijos adúlteros o incestuosos; como su reconocimiento está rigurosamente prohibido, hay que suponer que su ilegitimidad resulta de uno de los modos previstos en el art. 193. La ley les priva del derecho a recibir de sus padres cualquier liberalidad; sólo pueden reclamar alimentos (art. 767). De esto se desprende que cuando su incestuosidad o adulterinidad no conste, su capacidad es plena y nadie puede probar su origen ilegítimo, porque de la prohibición del reconocimiento se

deduce la prohibición de esta prueba (1). 2) Hijos naturales simples que pueden ser reconocidos, pero que no lo han sido, debiendo reputarse afectos de incapacidad, ya que para el testador son extraños (2). 3) Hijos naturales reconocidos. Su capacidad es limitada si concurren con descendientes o ascendientes legítimos del testador, ya que en este caso no pueden recibir más de cuanto les es atribuido en la sucesión intestada (art. 758).

f) *Cónyuge del binubo*.—Finalmente, se hallan afectos de una incapacidad parcial las personas que hubieren contraído matrimonio con un viudo o con una viuda: si del primer matrimonio hubiéren hijos, el viudo o viuda que contraiga segundas nupcias no puede dejar al nuevo cónyuge una porción mayor de la que hubiere dejado al menos favorecido de los hijos del primer matrimonio (art. 770). Con ello se tiende a impedir que el segundo cónyuge ejerza sobre el otro un influjo dañoso a los hijos del primer matrimonio; esta norma es una reminiscencia de la prevención con que la legislación anterior miraba las segundas nupcias (3).

Para todas las citadas incapacidades (4) rige el principio de

(1) Sin embargo, la opinión no es unánime; otros sostienen que la prohibición del reconocimiento no impide la prueba de la adulterinidad o incestuosidad pues la finalidad del art. 787 difiere de la del art. 193 y con prohibir tal prueba se infringe la norma del art. 767, el cual declara incapaz al hijo cuya adulterinidad o incestuosidad conste. Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 223, n. p.

(2) Otros, en cambio, creen que debe aplicarse la norma del artículo 767; o sea, que constando su ilegitimidad por uno de los modos previstos en el art. 193, nada más pueden pedir que los alimentos. Pero esta opinión no es admisible aunque parezca equitativa, pues admitiéndose para ellos una capacidad ilimitada, se atribuiría a los hijos naturales no reconocidos una condición mejor que la de los reconocidos. Vide. Venz en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 222, n. o.

(3) Sobre la incapacidad derivada de las segundas nupcias. Del Vecchio, *Le sec. nozze del coniuge superstite* Florencia, 1885; Vesani, *Seconde nozze* (en *Dig. it.*); Manaresi, en *Arch. Giur.*, XXIV, páginas 458 y siguientes; Tiscornia, en *Legge*, 1908 páginas 2.263 y siguientes, 2.445 y siguientes. Para la historia, véase Salvioli, *St. dir. it.* 8.^a ed., §§ 443, 444

(4) No hay otras, aunque algunas de las admitidas por los Códigos anteriores debiera haberse conservado en el actual. Así, por ejemplo, el

que es ineficaz cualquier medio tendente a eludir el rigor de la prohibición. La ley declara nulas no sólo las disposiciones prohibidas que se encubran bajo la forma de un contrato oneroso (por ejemplo, si se trata de una liberalidad disimulada en un contrato de venta), sino también aquellas que aun ofreciendo el carácter de una disposición testamentaria, se hagan mediante interposición de persona (instituyo heredero al cónyuge de mi tutor o del Notario autorizante, para beneficiar en realidad al tutor o Notario).

Así lo establece el art. 773, agregando que son personas interpuestas el padre, la madre, los descendientes y el cónyuge del incapaz. Con esto se establece una presunción de interposición respecto a las normas citadas; pero ello no excluye el que en otros casos pueda probarse que la persona designada (por ejemplo, un amigo del testador) es un interpuesto que ha de entregar los bienes al incapaz para recibir (art. 825).

En el caso de incapacidad parcial (como en el del cónyuge binubo o en el del hijo natural no reconocible) se pregunta a quién aprovechará el excedente de la porción permitida. La so-

Código francés (art. 909), reproducida en el parmense (art. 632) y en el estense (art. 731) y ampliada en el borbónico (art. 825); según este último, los médicos, cirujanos, funcionarios de Sanidad y los especialistas que hubiesen atendido a una persona de una enfermedad, en el curso de la cual hubieren muerto, los abogados que hubiesen aconsejado y dirigido el testamento, los eclesiásticos que hubieran asistido al difunto en su última enfermedad, no podían aprovecharse de las disposiciones testamentarias hechas en favor suyo durante dicha enfermedad. La prohibición tendía a librar la voluntad del testador del influjo captatorio de tales personas y a nuestro parecer era muy oportuna. Pero Pisannelli (*Relazione en Giannana*, I, pág. 69) la suprimió declarando que la ley no debía ir tan lejos en materia de incapacidades y que más grave peligro de abuso y seducción ofrece el pariente, que el amigo o doméstico que convive con el enfermo o le asiste continuamente. Explicación ilógica, porque lo que hace más temible la presión de estas personas es su posición preeminente, el influjo que pueden actuar en el ánimo de su cliente o penitente; tanto más ilógica cuanto que Pisanelli propuso un artículo conminando la incapacidad para recibir a los custodios y guardianes de las cárceles, respecto a las disposiciones testamentarias de las personas por ellos custodiadas; artículo que no pasó al texto definitivo.

lución variará según los casos: aprovechará a los llamados conjuntamente con el incapaz cuando se dé entre ellos el derecho de acrecer, a los sustitutos, si hubiere sustitución testamentaria, o a los sucesores legítimos.

§ 142.—*Límites a la libertad de disponer*

Brugi, *Ist.*, § 98, 121; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 394; Chironi, *Ist.*, II §§ 484, 485, 488; Zachariae, *Man.*, VI, §§ 687-700; Aubry y Rau, *Cours*, VII, §§ 677-690; Planiol, *Traité*, III, número 3.047; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 576-586. (1)

Concepto y naturaleza de la reserva.—Así como la capacidad de recibir aparece limitada en algunas personas a determinada medida, así también respecto a la de disponer hay casos en que el testador, aun siendo plenamente capaz, no puede, habiendo ciertas personas, exceder, en cuanto a su libre disposición, de una cierta medida. Estas personas que restringen la libertad de testar tienen por ley derecho a una cuota de reserva o legítima, y como respetando dicha cuota o medida, el testador puede disponer de lo demás libremente, se llama *disponible* a la parte sustraída a toda vinculación e *indisponible* a la otra integrada por las porciones legítimas correspondientes a los reservatarios o legitimarios (2). Hay, pues, aquí una sucesión necesaria en el sentido (ya explicado) de que el llamamiento tiene lugar aun contra la voluntad del difunto, por disposición de la ley, la cual no suple la voluntad del difunto, sino que prohíbe una distinta atribución de los bienes. Esto no significa una incapacidad para

(1) Véase también Brocher, *Etude sur la légitime et les réserves*, 1868; Boissonade, *Histoire de la réserve héréditaire*, Paris, 1873; De Pirro, *Contributo alla dottrina della legittima* (*Riv. it., p. Sc. Giur.*, XVIII, 1854).

(2) Conviene advertir que no hay limitación tan sólo a la libertad de disponer por causa de muerte; es decir, por testamento, si que también a la libertad de disponer por donación. La sustitución de la reserva aun siendo propia de las sucesiones, tiene gran transcendencia también en orden a los actos *inter vivos*, funcionando como límite a la libertad de disponer por actos *inter vivos*.

cial del *cuius*; es simplemente una limitación a su facultad de disponer, limitación que se opera atribuyendo a determinados parientes una cuota intangible del haz hereditario y que se basa en la idea de comunidad doméstica. En efecto, no a todos los llamados por la ley es atribuída una cuota legitimaria; ésta, por lo general, se atribuye a los parientes más próximos del difunto, ligados a éste por vínculos de sangre o matrimonio y que constituyen el consorcio familiar en sentido estricto: los descendientes, los ascendientes, el cónyuge; con estos parientes se forma la comunidad doméstica.

Resultado de la combinación de la institución conocida con el nombre de *portio legitima* del Derecho romano (el cual parte de la libertad de testar restringiendo ésta con la obligación impuesta al testador de dejar algo al legitimario) y con la de la reserva propia de los derechos germánico y consuetudinario francés (los cuales parten de la idea de la comunidad doméstica que excluye la libertad de testar y admiten por excepción una cierta libertad de disponer en favor de extraños, debiendo reservarse el resto del patrimonio en favor de los hijos) la legítima o reserva de nuestro derecho se inspira, por lo que afecta a su regulación, en las dos instituciones en que se origina, representando una conciliación del principio de libertad del propietario para disponer de sus cosas, con las legítimas expectativas de los miembros de la familia.

Al prohibir al testador que tiene descendientes, ascendientes o cónyuge disponer a título universal o particular de todos sus bienes, la ley pretende asegurar a estas personas un mínimo, variable según la clase de legitimarios, que es una cuota fija, cualquiera que sea su número.

Si se pregunta ahora cuál sea el carácter de la sucesión necesaria y cuál la índole jurídica de la reserva, diremos que se trata de una sucesión legítima y que la reserva es una cuota de herencia.

Legítima es la sucesión de los reservatarios, puesto que su vocación es hecha por la ley, no por el testamento; poco importa que el testador, respetando el límite marcado, haya instituído

heredero al legitimario por el importe de la reserva. Pero es evidente que en los demás casos si el legitimario es instituido heredero en todo el haz o en una cuota que exceda de su porción legítima, o sea en una parte de la cuota disponible, la sucesión tendrá carácter testamentario, pues no puede hablarse de reserva cuando el legitimario consigue algo más que el importe de aquella: la porción legítima queda absorbida en toda la porción atribuida. En el primer caso se aplicarán las normas propias de la sucesión *abintestato*, en el segundo las de la testamentaria.

La porción legítima es cuota de herencia (art. 808), al menos cuando se atribuye en plena propiedad, como ocurre con la de los ascendientes y descendientes. Esto quiere decir que quien sucede en la legítima es heredero, es decir, sucesor a título universal, no particular. De aquí derivan las consecuencias que la cualidad de heredero produce: el legitimario tiene la posesión de derecho de los bienes hereditarios, es comunero de los mismos, tiene la acción de petición de herencia; pero como contrapartida, el legitimario está obligado a pagar las cargas y deudas hereditarias o a contribuir a su pago en proporción de su cuota y también *ultra vires*, pues como reservatario no puede rehusar la responsabilidad por las deudas del difunto, y hasta de los legados responde si éstos son hechos no a coherederos, sino a los terceros extraños, siempre que no hubiere aceptado con beneficio de inventario (art. 972). Donde más claramente se manifiesta que la reserva es cuota de herencia y no legado es en la renuncia, pues mientras el heredero a quien el testador deja un legado puede renunciar a la herencia sin perder su derecho como legatario (art. 945), el legitimario instituido heredero no puede, si renuncia a la herencia, retener o conseguir nada a título de legítima (art. 1.003) (1).

No tiene este carácter cuando la reserva no se atribuye en

(1) Otros efectos que derivan del carácter de derecho sucesorio que la reserva tiene: el derecho surge en el reservatario en el momento de la apertura de la sucesión o sea con la muerte del de *cuius* y no es ejercitable ni puede ser asegurado viviendo éste, antes de la apertura no es posible renunciar a la legítima ni pactar sobre ella, pues esto sería un pacto sucesorio; también para el legitimario es la indignidad causa de exclusión.

plena propiedad. El Código afirma que la porción legítima es cuota de herencia en relación tan sólo a los descendientes y ascendientes (art. 808); no ofrece tal carácter la cuota del cónyuge que la tiene solamente en usufructo, por lo que debe considerarse como un sucesor a título particular, como un legatario *ex lege*.

De lo dicho hasta aquí se deduce que la reserva es por naturaleza intangible, de modo que el testador no puede gravarla ni disminuirla (art. 808). Abstracción hecha del cónyuge y de los hijos naturales, cuya porción puede pagarse en especie o en dinero (artículos 819, 815, 744), la legítima de los descendientes y ascendientes es debida en plena propiedad y en especie, es decir, en bienes hereditarios, sin que el testador o el heredero puedan convertirla en otros valores aunque éstos sean económicamente superiores. Por consiguiente, toda cláusula que implique subrogación de los bienes hereditarios por otras ventajas patrimoniales, o limitación a la libre disponibilidad de la cuota, sería ineficaz.

El testador que deja al legitimario algo más que la cuota de reserva, puede muy bien sobre el exceso constituir cargas o gravámenes. En tal caso—es decir, cuando el testador atribuya al reservatario una porción superior a su reserva—, puede ser gravada incluso ésta. Esto se opone a la norma de la absoluta intangibilidad de la reserva, pero como se justifica por la mayor ventaja que puede obtener el legitimario aceptando con la liberalidad la reserva gravada, el citado principio se salva con la llamada caución sociniana (1), o sea con la facultad otorgada al heredero legitimario de aceptar la liberalidad con la carga impuesta a la reserva o de rechazar la carga contentándose con la legítima solamente. Una aplicación de este expediente, que es al propio tiempo medio de evitar complejos cálculos, nos la ofrece el caso por el art. 810, o sea cuando el testador constituye un usufructo o una renta vitalicia cuyos rendimientos excedan de la porción disponible o disponga de la nuda propiedad de una cuota que supere a la porción dicha. Los herederos le-

(1) Llamada así por el Jurisconsulto Socino que la introdujo.

gítimarios a quienes se atribuye además de la reserva la nuda propiedad o el usufructo de la disponible, recibiendo dicha reserva gravada con el usufructo o menguada en la nuda propiedad, pueden optar por ejecutar la disposición o por abandonar el goce o la propiedad de la porción disponible recibiendo solamente la legítima libre de toda carga.

Especies de reservatarios.—Las normas contenidas en el Código relativas a esta materia, se refieren a la legítima debida a los descendientes y ascendientes y a los derechos correspondientes al cónyuge supérstite e hijos naturales (artículos 805 811 y 812-820, respectivamente), siendo muy diversa la condición jurídica de esta segunda categoría, sobre todo en lo que se refiere al cónyuge.

a) *Descendientes.*—Sentado el principio de que el testador que no deja descendientes, ascendientes o cónyuge puede disponer de todos sus bienes a título universal o particular (artículo 809), la ley fija en la mitad del haz hereditario la cuota reservada a los hijos; es esta su porción legítima, que es fija en su medida, cualquiera que sea su número (art. 805). Así, si hay un hijo único, él sólo obtendrá la mitad, y si hubiere varios, dicha mitad se dividirá entre ellos por cabezas, esto es, atribuyéndoles porciones iguales. Bajo el nombre de hijos, se comprenden los descendientes inmediatos, o sean los hijos legítimos y los legitimados o los equiparados a éstos, como los adoptivos y ulteriores descendientes en grado más remoto, es decir, nietos, biznietos, etc. (art. 806). Respecto a estos últimos en sus relaciones entre sí, la división se efectúa haciendo relación a los hijos; como dice el Código (art. 806), los descendientes sólo se cuentan por el hijo a quien representan, cualquiera que sea la causa de que tal hijo no suceda (1).

b) *Ascendientes.*—Como los hijos y sus descendientes ex-

(1) Así por ejemplo: si el difunto tuvo dos hijos de los cuales uno hubiere premuerto y el otro renunciado; el primero deja tres hijos suyos y el segundo dos; los cinco nietos reciben la mitad del haz y la dividen en dos partes iguales y luego cada parte ($1/4$) se divide entre los tres hijos del premuerto (correspondiendo $1/12$ a cada uno, y la otra entre los dos del renunciante ($1/8$ para cada uno).

cluyen a todo otro pariente, sólo en defecto de éstos se pasa a los ascendientes. La porción legítima de éstos es también una cuota fija de la herencia: el tercio. Este corresponde en primer lugar a los padres, o al padre o madre supérstite, y cuando falten ambos padres a los ascendientes ulteriores en línea paterna o materna, de modo que el grado más próximo excluye al más remoto (cualquiera que sea la línea a que el ascendiente pertenezca), y si hay ascendientes de igual grado en ambas líneas, el tercio se subdividirá atribuyendo la mitad del mismo a los ascendientes de la línea paterna y la otra mitad a los de la materna (art. 807) (1).

c) *Cónyuge supérstite*.—El principio acogido por la ley es el de que al cónyuge corresponde siempre una porción, quienquiera que sea el heredero concurrente, con tal que contra dicho cónyuge no se haya dictado sentencia firme de separación personal. La reserva atribuída al cónyuge es siempre en usufructo, y además, no siempre consiste, como en el caso de los anteriores legitimarios, en una cuota fija, pues puede ser, según la especie de herederos concurrentes, fija o variable. Por tanto, si el difunto deja hijos legítimos o descendientes de éstos, la cuota del cónyuge será una porción en usufructo igual a la que corresponde a cada hijo como legítima, comprendiendo a dicho cónyuge en el número de hijos (art. 812). La cuota en este caso es variable, y se fija como máximo la cuarta parte de la herencia (2). Si el testador no deja descendientes, pero sí ascendientes, la parte reservada al cónyuge es el usufructo de una cuarta parte del haz hereditario (art. 813). La cuota en tal caso

(1) Así si sobreviven el padre y la madre, cada uno obtendrá la mitad del tercio ($1/6$); si sobreviven los dos abuelos paternos y uno materno, aquéllos obtendrán juntos $1/6$ y éste el otro sexto; si sobreviven los cuatro abuelos, cada uno obtendrá $1/12$; si todos los bisabuelos y la abuela paterna, ésta el tercio entero y aquéllos nada.

(2) En efecto, basta que haya un solo hijo, con tal de que el usufructo (que debe recaer sobre una cuota de la mitad del haz hereditario) sea en tal caso de la cuarta parte. Será más bajo éste a medida que aumente el número de hijos. Si por ejemplo, hay 5 hijos, el usufructo recaerá sobre $1/6$ de la cuota de reserva o sea sobre $1/12$ del haz hereditario.

es fija. Cuando el cónyuge, no habiendo descendientes ni ascendientes, concurre con otros parientes o con un extraño, su cuota es también fija de un tercio en usufructo (art. 814).

De ser la cuota usufructuaria, se deduce que el cónyuge reservatario es un legatario *ex lege*. Además, es facultativo en los herederos, cualesquiera que éstos sean, y aunque sean extraños, satisfacer los derechos del cónyuge mediante la constitución de una renta vitalicia o la asignación de los frutos de determinados inmuebles o de capitales hereditarios fijados de común acuerdo o por la autoridad judicial (art. 819). Es, sin embargo, tratado como un verdadero y propio legitimario en cuanto a sus derechos y a las garantías que le son debidas para asegurar la satisfacción de los mismos (art. 820); mientras tales derechos no le sean satisfechos, conserva un usufructo sobre todos los bienes hereditarios (art. 819).

Es digno de observar, de una parte, que la porción debida a un cónyuge no implica disminución de la legítima de los descendientes o ascendientes; constituye, pues, una detracción de la parte disponible (art. 818); de otra, que no respondiendo como no responde el cónyuge, de las cargas hereditarias, está obligado en compensación a imputar a la cuota todo lo que hubiere adquirido a virtud de disposición testamentaria o de las capitulaciones matrimoniales (art. 820).

d) *Hijos naturales*.—También a los hijos naturales reconocidos corresponde una cuota de reserva; pero a diferencia de la que corresponde al cónyuge, esta es una cuota en propiedad que confiere la cualidad de heredero, a pesar de la facultad concedida a los hijos legítimos de satisfacerla por cualquiera de los modos establecidos en el art. 744 (art. 815). Por tanto, si los hijos naturales concurren con hijos legítimos o ascendientes, su cuota será la mitad de la que les hubiere correspondido si hubiesen sido legítimos (art. 815). Varía, pues, dicha cuota en el caso de concurrencia con hijos legítimos, disminuyendo a medida que éstos aumentan (1); es fija si concurren con ascendien-

(1) En efecto, siendo preciso para fijar la porción que les es debida, incluir en el número de hijos naturales los legítimos (art. 815), ocurrirá

dientes, pues consiste siempre en la cuarta parte (2). Si no hay descendientes ni ascendientes legítimos, la cuota es mayor, pero fija: será de dos tercios de la cuota que les hubiese correspondido si fuesen legítimos (art. 816), o sea los dos tercios de la mitad del haz hereditario equivalentes a los dos sextos de éste.

Los indicados derechos del hijo natural pasan a sus descendientes legítimos si aquél hubiere premuerto, fuese indigno o estuviese ausente (art. 817). Del mismo modo que al cónyuge se aplica al hijo natural el principio de que su porción no implica disminución de la cuota de los demás legitimarios, ya que debe detraerse dicha porción de la parte disponible (art. 818); pero también el hijo natural deberá imputar a su cuota cuanto se le hubiere dejado en testamento o cuanto hubiese recibido del padre por actos intervivos y que estuviere sujeto a imputación (art. 820). Al igual que los demás legitimarios, tiene las acciones y garantías que le aseguren la efectividad de su derecho (artículo 820).

Acción de reducción.—El medio otorgado al reservatario cuya cuota hubiere sido perjudicada por el difunto con liberalidades entre vivos o a causa de muerte, para dejar salva la cuota que le corresponda, es la acción de reducción que reproduce la antigua *actio ad supplendam legitimam* y la *querela inofficiosi testamenti*. Mediante dicha acción, se impugnan las liberalidades realizadas por el difunto que excedan de la parte disponible, sea quien quiera el agraciado con ella, y se consigue la reducción de dichas liberalidades hasta el límite de la cuota disponible (ar-

que habiendo por ejemplo un hijo legítimo y otro natural, la cuota de éste sería si fuese legítimo, una mitad de la mitad del haz hereditario, esto es, de $1/4$ y será por tanto de $1/8$ de dicho haz. Si son tres los hijos legítimos y uno natural, dividiendo la cuota indisponible por 4, tendremos que la cuota de hijo natural, si fuese legítimo, sería de $1/8$ y por tanto le correspondería $1/16$ como cuota efectiva.

(2) En efecto, si el hijo natural hubiere sido legítimo, su cuota hubiera sido $1/2$ del haz hereditario; será pues de $1/4$, cualquiera que sea el número de ascendientes. Se entiende que en este caso el $1/4$ corresponde en su totalidad al hijo natural único; si hubiese varios se subdivide entre ellos sin aumentar la cuota del cuarto como no aumenta la cuota de la mitad, si en lugar de un solo hijo legítimo hubiese varios.

culos 821-826 para la reducción de las disposiciones testamentarias, artículos 1.091-1.096 para la reducción de las donaciones). Para efectuar la reducción precisan ciertos cálculos previos, al objeto de determinar si hay o no lesión de la reserva. Respecto a éstos, remitimos al lector a lo que dijimos sobre reunión ficticia, estimación e imputación (§ 133). Lo esencial es que para determinar la legítima se debe tomar en consideración no sólo cuanto el difunto dejó efectivamente, es decir, los bienes existentes en el haz hereditario el día de la muerte del causante deducido el pasivo, si que también todo cuanto hubiere salido del patrimonio de éste por liberalidades hechas a los legitimarios o a otros herederos o a extraños, haya o no dispensa de colación (artículo 822). Sobre esta masa ha de recaer la valoración, estimándose los bienes hereditarios según su valor al tiempo de la apertura de la sucesión, y los bienes donados según el que tuvieren al tiempo de la donación si fuesen muebles, y si inmuebles según su estado al tiempo de la donación y valor que tuvieren al tiempo de la muerte del donante (art. 822).

La acción de reducción procede cuando por el cálculo anterior resulta que el difunto dispuso en vida y para después de su muerte en cuantía superior a la que le era permitida (artículos 821 y 1.091). Las liberalidades que primeramente han de reducirse son las contenidas en disposiciones testamentarias; pues cuando el valor de las donaciones excede o iguala la cuota disponible, es evidente que el testador no tenía ya, al hacer el testamento, margen alguno para ulteriores disposiciones, así que deberán ser ineficaces las hechas testamentariamente a título universal o particular (art. 823).

En cambio, si hubiere margen, pero éste fué superado con las disposiciones testamentarias (ya sea que ellas solas, ya que unidas a las donaciones, excedan de la parte disponible), dichas disposiciones se reducirán cuanto precise para completar o integrar la reserva, todas ellas proporcionalmente, sin distinguir entre herederos o legatarios, ni entre testamento anterior y posterior (artículo 824). Sin embargo, se faculta al testador para quebrantar esta igualdad de trato, fijando el mismo cuáles son las dis-

posiciones que prefiere respetadas, debiendo en tal caso ser reducidas las demás (siempre proporcionalmente), y las liberalidades preferidas, sólo se reducirán en el caso de que el valor de las otras no baste a cubrir la porción legítima (art. 825) (1).

Cuando con la reducción de todas las disposiciones testamentarias, no se consiga cubrir íntegramente la reserva, se procede a la reducción de las donaciones; éstas se reducen no todas y proporcionalmente, si no sucesivamente de la más reciente a la más remota, de modo que no se reduzca la donación más antigua, si no cuando el valor de la más reciente no baste a reconstituir la reserva (artículos 1.091, 1.093). Mediante esta acción las donaciones afectadas por ella, son resueltas; los inmuebles donados reingresan a la masa libres de toda deuda e hipoteca contraída o constituida por el donatario (art. 1.095), quien deberá también restituir los frutos de lo que excede de la parte disponible desde el día de la muerte del donante, si la reducción se demandó dentro del año, y en otro caso, desde el día en que se dedujo la demanda (art. 1.094). Si los inmuebles hubieren sido enajenados por el donatario, es posible una acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes, previa e ineficaz excusión en los bienes del donatario (art. 1.096): el tercero deberá restituir los bienes a la masa, ya los hubiere adquirido a título oneroso, ya a título gratuito. Pero como ya dijimos en otro lugar, antes de ejercitar la acción de reducción, el legitimario debe imputar a la propia cuota las liberalidades hechas en su favor y esto tanto si el difunto le dispensó de la obligación de colacionar las donaciones, como si éstas se hicieran imponiendo al donatario la obligación de imputarlas a su legítima o a título de anticipo de cuota de reserva, como si hubiere ordenado legados en su favor. En los demás casos las liberalidades se imputan a la cuota disponible, ya se hagan a extraños, ya a los legitimarios con dispensa expresa de la colación o se trate de enajenaciones hechas

(1) El art. 826 contiene normas especiales en cuanto al modo de efectuar la reducción si se trata de un legado de un inmueble y éste debe reducirse, según que pueda o no separarse el exceso.

a «capital perdido», o hechas a quien no es ya legitimario al tiempo de la apertura de la sucesión.

Ultima condición para el ejercicio de la acción de reducción es que el legitimario haya aceptado, y si la reducción se demanda contra terceros, que la aceptación se hubiere hecho con beneficio de inventario; en cambio este beneficio no es necesario cuando la reducción se pide contra coherederos (art. 972). Si renuncia el legitimario, puede retener la donación hecha a él o exigir el legado ordenado en su favor hasta concurrencia de la porción disponible, pero no puede retener ni conseguir nada a título de legítima (1).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—En el Código civil español pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente (art. 662) y para apreciar su capacidad hay que atender únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666). Es este el sistema de Derecho moderno a diferencia del seguido por el Derecho romano que exigía la capacidad al hacer el testamento. en el espacio que media entre la testamentifacción y la muerte y al tiempo mismo de la muerte, reducido luego por el Pretor al momento de testar y al de la muerte. Están incapacitados para testar los menores de catorce años de uno y otro sexo y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio (art. 663). El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido (art. 664).

Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos (art. 695)

Asimismo podrán suceder por testamento o abtestato los que no estén incapacitados por la ley (art. 744). Son incapaces de suceder:

1.º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. 30.

2.º Las Asociaciones o Corporaciones no permitidas por la ley (artículo 745).

«Toda disposición en favor de persona incierta será nula a menos que por algún evento pueda resultar cierta» (art. 750) Castán—obra citada, Tomo I, vol. II, pág. 159—hace notar como en realidad incertidumbre e incapacidad son cosas distintas, aunque una y otra produzcan en cierto modo el mismo resultado.

Incapacidades relativas:

El Sacerdote que hubiere confesado al testador durante su última enfermedad; los parientes de aquél dentro del cuarto grado. y su Iglesia, Cabildo, Comunidad o Instituto (art. 752). El tutor que no sea ascendiente descendiente hermano o cónyuge del pupilo testador, respecto del testamento otorgado antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de la tutela, aunque el testador muera después de su aprobación (artículo 753).

Tampoco el testador podrá disponer del todo o parte de sus bienes

en favor del Notario que autorice su testamento, o de la esposa, parientes o aïnes del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el art. 682 (legado de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia).

Son asimismo incapaces los testigos del testamento abierto otorgado con o sin Notario y los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales art. 754. Los cónyuges que contraen matrimonio con infracción de cualquiera de las prohibiciones del art. 45 (artículo 50 núm. 2.). El tutor testamentario que se excuse de la tutela pierde por este hecho lo que voluntariamente le hubiere dejado el que le nombró (art. 251). El albacea que no acepte el cargo o lo renuncie sin justa causa, pierde lo que le hubiere dejado el testador, a salvo siempre la legítima (art. 900)

Límites a la libertad de disponer. Legítimas.— Nuestro Código civil a diferencia del italiano y otros que hablan de *reservas hereditarias*, conserva la denominación romana de *legítimas*: «porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos» (art. 806).

Legítima de los ascendientes legítimos.— Ni el sistema francés de legítima o reserva variable en relación con el número de legitimarios ni el de legítima rígida de cuantía invariable acogido en el Código italiano, es el sistema seguido por nuestro Código que, genuinamente español y de gran flexibilidad, permite armonizar adecuadamente en cada caso los derechos de cada uno de los hijos con los del grupo familiar, según la apreciación de los padres.

Las dos terceras partes del haber hereditario constituyen en España la legítima de los hijos y descendientes legítimos; pero mientras uno de esos dos tercios se divide necesariamente por igual entre los hijos de tal manera que todos participen en él en igual cantidad, el otro tercio es atribuido desigualmente por los padres, según su arbitrio entre los hijos. «Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos. La tercera parte restante será de libre disposición» (art. 808).

Legítima de los ascendientes legítimos.— A falta de hijos y descendientes legítimos los padres y ascendientes legítimos son herederos forzosos de sus hijos y descendientes legítimos (art. 807). Su cuota es la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes (art. 809). Si a la muerte del testador existen los dos padres, la legítima se divide entre ellos por partes iguales; y si uno de ellos hubiere muerto, recae toda en el sobreviviente (art. 810). Si no deja padre ni madre, pero sí ascendientes en igual grado de las líneas paterna y materna se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas sea cual fuere el número de los ascendientes que concurren; mas si los ascendientes son de grado diferente corresponde por entero a los más próximos en grado.

Legítima del cónyuge. Si concurre con un solo hijo o descendiente legítimo tiene el usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834); si con varios hijos o descendientes legítimos, le corresponde una cuota en usufructo igual a la que por legítima corresponda a cada uno de aquéllos no mejorados debiéndose sacar esta porción de la tercera parte de los bienes destinada a la mejora de los hijos (art. 835). Si concurre con padres o ascendientes legítimos tiene derecho a la tercera parte de la herencia en usufructo que se saca de la mitad libre (art. 836); si además concurren

hijos naturales reconocidos—cuya legítima, cuarta parte de la herencia, se saca de la porción libre en lo que les falta para completar su legítima se les adjudicará en nuda propiedad mientras viva el viudo (artículo 841). Si concurre con herederos que no sean descendientes ni ascendientes legítimos, tendrá derecho a la mitad de la herencia en usufructo (artículo 837).

Legítima de los hijos naturales. Tienen derecho a legítima los hijos naturales legalmente reconocidos y los legitimados por concesión real, derecho transmisible a sus descendientes legítimos, pero no a los naturales. Si concurren en una sucesión con hijos o descendientes legítimos del causante, tienen derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición deduciendo antes los gastos de entierro y funeral (artículo 840). Si concurren con ascendientes legítimos, tienen derecho a la mitad de la parte de herencia de libre disposición (art. 841), o sea a la cuarta parte del haber hereditario puesto que la legítima de los ascendientes es la mitad de la herencia (art. 809).

Ya hemos visto qué ocurre concurrendo con ascendientes y cónyuge. Si concurren con herederos que no sean descendientes legítimos tienen derecho a la tercera parte de la herencia.

CAPITULO XXXIV

El testamento y sus formas

§ 143. — *Concepto y caracteres del testamento*

Brugi, *Ist.*, § 94; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 150; Chironi, *Ist.*, II, pág. 469; Filomusi, *Dir. erod.*, II, pág. 1; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 657, 671-677; Aubry y Rau, *Cours*, VII, §§ 641, 661-667; Planiol, *Traité*, III, número 2.512 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, § 538 (1).

De todos los negocios jurídicos patrimoniales, no hay ninguno que supere al testamento, por la importancia de sus efectos, por las solemnidades de forma que le acompañan, por el especial cuidado que la ley dedica a las declaraciones de voluntad y la efectividad de éstas. Acto esencialmente unilateral, espontáneo, revocable, el testamento es la disposición de última voluntad con que una persona determina el destino de su patrimonio después de su muerte y regula las relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva ya; esta voluntad se hace efectiva cuando el sujeto no existe, y por ello precisamente más que cualquiera otra declaración impone este respeto y exige obediencia.

Aunque inexacta para el Derecho romano (en el que la institución de heredero era condición esencial para la existencia del testamento), es aplicable a nuestro Derecho la definición de Mo-

(1) Para su historia y respecto al derecho moderno: Palumbo, *Testamento romano e testamento longobardo*, Florencia, 1892; Lambert, *La trad. rom. sur la succ. des formes du testament dev. l'hist. comp.*, París, 1901; Meluci, *Il testamento*, Napoli, 1914; Vitali, *Del testamento collettivo* (en los *Studi per Schupfer*, III).

destino (fr. I. D. 18. 1): *Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*. Pero nuestro Derecho no exige una institución de heredero ni que el testador disponga de todo el patrimonio; todo acto que regule todas o parte de las relaciones jurídicas para después de la muerte es un testamento, ya se instituya en el heredero, ya legatario. Es, en efecto, un principio del nuevo Derecho que el testador tenga la máxima libertad para expresar su voluntad, para distribuir todos sus bienes o parte de ellos entre sus sucesores; las disposiciones testamentarias—dice el art. 827—se pueden hacer con institución de heredero o de legado o con cualquiera otra denominación que exprese la voluntad del testador, idea ésta que se repite en la definición legal del Código (art. 759): «el testamento es un acto revocable por el que alguien, según las reglas legales, dispone para el tiempo en que ya no viva de todos o parte de sus bienes en favor de una o varias personas».

De la definición transcrita y de otros preceptos del Código resultan los siguientes caracteres del acto testamentario:

a) Es, ante todo, un negocio *unilateral*, ya que la única declaración que le da vida es la del testador; la declaración de aceptación del heredero o legatario no integra el negocio como la aceptación de la oferta en un contrato; es un acto también unilateral e independiente. La unilateralidad llega aquí hasta el extremo de no consentirse que en el mismo acto tomen parte dos personas, es decir, que se contengan declaraciones de voluntad de más de una persona. En efecto, el heredero o legatario no pueden intervenir en el testamento para aceptarlo preventivamente porque esto vendría a ser un pacto sobre sucesión futura (que es nulo, art. 1.118), o una minoración de la libertad de disponer, de la espontaneidad del acto; por otra parte, está también prohibido que dos personas dispongan recíprocamente una en favor de a otra para el caso de premorencia (*testamento recíproco*), o que dos personas testen en un mismo acto en favor de un tercero o de dos personas distintas (*testamento conjunto*). El testamento recíproco, y más aún rigurosamente prohibidos por nuestra ley (art. 761) para salva-

guardar la libertad del testador, evitando de este modo cualquier influencia extraña.

b) El testamento es un *acto de última voluntad o mortis causa*. El ser acto de última voluntad significa que produce sus efectos después de la muerte del declarante, sin que pueda producir ninguno en vida de éste, ni siquiera con carácter podrómico o preliminar, en lo cual precisamente consiste la contraposición entre acto *mortis causa* y acto *inter vivos*; además, la voluntad expresada en testamento se considera (cualquiera que sea el momento en que se hubiere emitido) como suprema, renovada en cada momento, desde la confección del testamento hasta el instante de la muerte del testador. De modo que, por largo que sea el tiempo que medie de uno a otro momento, el testamento no pierde eficacia, aun cuando uno o varios de los objetos a que se refiere hayan dejado de existir, o aunque una o varias de las disposiciones testamentarias no sean ya aplicables por haber variado el estado de las cosas. Así, si el testador hubiese perdido posteriormente la capacidad de testar (al ejemplo, si sufriera posteriormente enajenación mental), el testamento es válido, por considerarse el último, si no de su vida corporal, al menos de su vida intelectual.

c) Es un acto esencialmente *revocable: ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (fr. 4. D. 34. 4). El testador puede en cualquier momento variar sus disposiciones o destruir o anular las ya hechas sin sustituirlas por otras (1). Es, por tanto, nula toda renuncia a la libertad de revocar o cambiar las disposiciones, careciendo de eficacia toda cláusula o condición contrarias (art. 916); puede incluso ser anulado el propio testamento si la intervención de un tercero extraño atenta al principio de la espontaneidad y al de la libre revocabilidad, como en el caso de testamento hecho por convención o en el del testamento colectivo.

(1) Sobre el modo de entender esta revocabilidad en Derecho romano y negándola Hofmann *Krit. studien im röm. Recht*. Wieu, 1885, página 575 y Suman, *Favor testamenti*, pág. 624. Sobre la evolución del concepto, Lessona, *La revoc. del test. nella sua evol. storica*. Florencia, 1886.

a) Es un acto de *disposición de bienes*; esto se deduce de la definición legal, en la que se habla de disposición de todos los bienes o de parte de ellos. Tal disposición puede ser a título universal, esto es, comprendiendo la universalidad o una cuota de los bienes (por ejemplo, un tercio, un cuarto), y atribuyendo la cualidad de heredero o a título particular, confiriendo uno o más derechos singulares y atribuyendo la condición de legatario (artículo 760). Es indiferente el modo con que el testador se exprese, porque lo importante es la esencia de la disposición en las palabras; será siempre heredero aquel a quien el testador dejase todo su patrimonio o la mitad o un tercio del mismo, aunque dijese que se lo dejaba a título de legado; en cambio serían legatarios las personas a quienes el testador hubiese atribuido cosas singulares, aunque con éstas agotase el haz hereditario y aunque los designase como herederos. Pero el que sea el contenido del testamento una disposición patrimonial no excluye que pueda contener también otras declaraciones de voluntad y constar todo él de disposiciones no patrimoniales; no es necesario tampoco que la disposición se refiera exclusivamente a cosas propias. El testamento puede contener, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo natural (art. 181), el nombramiento de un tutor (artículo 242), las condiciones impuestas a la viuda, relativas a la educación de los hijos y a la administración de los bienes (art. 235). Por otra parte, si bien normalmente nadie puede disponer más que de los propios bienes, se puede, sin embargo, legar ajena, naciendo así en el heredero la obligación de adquirirla para entregarla al legatario o la de pagar a éste su justo precio (artículo 837), o legar una cosa perteneciente al heredero o legatario, quienes vendrán obligados a cederla al tercero agraciado con ella (art. 838), o, finalmente, gravar al heredero con legados que, excediendo del haber hereditario, representan en definitiva para el heredero que acepta (en virtud del principio de la confusión) una disposición de patrimonio ajeno.

e) Este último caso plantea la cuestión de si, siendo el testamento un acto de disposición patrimonial, debe también ser necesariamente un acto de *liberalidad*. Debe contestarse negati-

vamente; una herencia puede ser pasiva y representar una carga muy gravosa para el heredero que la acepte pura y simplemente; puede también una herencia activa ser tan gravada con legados, que éstos agoten todo el haber, o puede concederse un legado con tantas cargas, que éstas anulen el beneficio. El que en la generalidad de los casos las disposiciones testamentarias resulten lucrativas para el agraciado con ellas, no implica que sean siempre actos de liberalidad, pues puede incluso faltar el ánimo o intención liberal.

f) Finalmente, el testamento es acto *formal y solemne*; precisan para su existencia el documento escrito (que aquí es requerido *ad substantiam* como elemento esencial del negocio) y otras formalidades solemnes que el declarante no puede omitir ni sustituir. Fijándose en las diversas formas de que la voluntad testamentaria puede revestirse, distingue la ley entre testamentos ordinarios y especiales, y en cada uno de estos grupos especies diversas que se estudiarán en el siguiente. Basta con advertir aquí que siempre es ineficaz la voluntad oralmente manifestada (*testamento nuncupativo*), aun cuando ésta sea seria, cierta o pueda fácilmente probarse. Ni la institución de heredero ni el legado pueden tener validez si se hacen en acto no escrito (1).

(1) Pero, ¿y otras disposiciones? Vide Cogliolo, *Di una disposizione orale mortis causa Scritti varii*, II. páginas 298 y siguientes).

Nada tiene

oral de la existencia y contenido de un testamento escrito extraviado o destruido. Están acordes todos los autores en que el interesado (heredero instituido o legatario) puede probar con testigos que el de *cuius* otorgó testamento por escrito observando todos los requisitos legales, y sobre la base de esta prueba reclamar la herencia o el legado.

NOTA DEL TRADUCTOR.—El art. 667 del Código civil español define el testamento diciendo que es el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. Esta definición es censurada por su limitación y hasta por su inexactitud por la mayor parte de los autores, porque parece atribuir al testamento tan sólo un sentido patrimonial siendo así que en él son frecuentes disposiciones que no tienen aquel carácter, tales como reconocimiento de hijos naturales, nombramiento de tutores y protutores y otras cláusulas de finalidad extrapatrimonial. Además se prescinde en ella de la exposición de los caracteres esenciales del testamento; éstos, sin embargo, resultan en parte del citado art. 667 (acto jurídico *mortis causa* y *unilateral*) y de

§ 144.—*Formas y especies del testamento*

Brugi, *Ist.*, § 95; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 235; Chironi, *Ist.*, II, §§ 469-473; Filomusi, *Dir. ered.*, II, pág. 52; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 678-684, Aubry y Rau, *Cours*, VII, §§ 668-674; Planiol, *Traité*, III, números 2.678 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 540-545 (1).

Además de la forma escrita, el testamento debe reunir otros requisitos. Previendo las distintas situaciones en que puede hallarse el testador y las diversas exigencias que puede querer satisfacer (el ser analfabeto, el temor de que le sea sustraído el documento, el querer mantener secretas las disposiciones hasta el día de su muerte, etc.), la ley da medios diversos y acepta formas adecuadas para que la voluntad se determine con madurez y seriedad y para liberarla de toda presión o de todo influjo para que, una vez manifestada, no surja duda respecto a su identidad o sinceridad. De aquí las distintas especies de testamento: que pueden ser las del *testamento ordinario*, cuando las condiciones de tiempo y lugar son normales, o las de los *testamentos especiales*, cuando tales condiciones sufran alteración por causa de guerra, de epidemia u otras semejantes. Tres son las formas ordinarias del testamento: testamento *ológrafo*, y *notarial* (art. 774), que se subdistingue en *público* y *secreto* (art. 776). Tres también son las formas de los testamentos especiales: el testamento *en tiempo de epidemia* (artículos 789 y 790), el *marítimo* (artículos 791-798) y el de los *militares en tiempo de guerra* (artículos 799-803).

otros artículos, tales como el 670 (personalísimo), el 673 (libre), el 687 (formal o solemne) y el 737 (revocable).

En nuestro Código existe la clasificación de testamentos en comunes y especiales (art. 676), considerando comunes el ológrafo, el abierto y el cerrado, y especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero. En cuanto a sus requisitos y características, véanse artículos 678-688, 680, 716, 722, 732, 734 y 684. Sobre testigos, véanse artículos 694, 707, 716 y 722. También 681 y 682.

(1) Vitali, *Della forma del testamento italiano*. Plasencia, 1882-86; *Sulla sigillazione conse formalità essenziale del test. secreto* (*Foro it.*, 1905; I, pág. 1.044); Polacco, *Testamento pubblico*. Padova, 1879; Melucci, *Il testamento*, Napoli, 1914; Rausnitz, *das eigenhändige testament*. Berlín, 1908.

I. *Testamento ológrafo.*—Es esta especie la más sencilla, la que requiere menor número de formalidades, pues todas éstas se reducen a la necesidad de lo que escriba el testador, lo fecha y firme de su propia mano (art. 775). Nada más exige la ley; ni empleo de papel especial, ni asistencia de testigos, ni depósito en un archivo o entrega a funcionario público; la única solemnidad es la autografía; sabiendo el testador leer y escribir, el testamento ológrafo representa el medio más fácil, el más sencillo a todos y el más idóneo para mantener, no solamente el secreto del contenido del testamento, si que también el hecho de haber testado.

Pero a esta sencillez de forma corresponde un inflexible rigor en su observancia; la garantía de que el papel proviene del testador, de que éste testó en el momento indicado, de que nadie privó al acto de espontaneidad interviniendo en su confección, se asegurará declarando radicalmente nulo el testamento ológrafo que no se haya otorgado conforme a lo prescrito (art. 804). El testamento debe todo él ser manuscrito por el testador (queda proscrito el empleo de medios mecánicos de escritura); no deben intervenir en su confección terceros que añadan palabras, aunque carezcan de importancia; debe emplearse la forma caligráfica habitual al testador; debe éste tener consciencia de lo que escribe; no es obligatorio el uso de determinado idioma, ni se prohíbe que el texto haya sido preparado por otros (como ocurre frecuentemente con los profanos del Derecho, que piden consejo y formulación del testamento al hombre de leyes).

La fecha debe también escribirse por el testador de su puño y letra, para que conste con toda certeza el momento en que el testamento fué otorgado, y, consiguientemente, sea fácilmente comprobable si en aquel instante tenía el testador capacidad de disponer, si un testamento es o no posterior a otro y el segundo revoca el primero. Una fecha falsa anterior o posterior a la verdadera, o inexistente, que resulte tal del mismo testamento, produce la nulidad de éste, y o mismo la inexistencia de la fecha o la fecha incompleta; pero una fecha errónea, equivocada, puede corregirse sin perjudicar al testamento, que la contiene siempre

que éste proporcione los elementos necesarios a su rectificación (1).

Los tres elementos: día, mes y año son igualmente indispensables; pero nada se opone a que el testador use otros términos equivalentes (por ejemplo, el día de Navidad de 1915). La firma debe ir al final de todas las disposiciones, indicándose claramente por este medio (si se emplea la forma habitual), la persona del testador.

Concurriendo todos los requisitos dichos, el testamento ológrafo es perfecto y válido. Para hacerle ejecutivo precisa que al abrirse la sucesión, se confíe en depósito a instancia de cualquier interesado, al Notario del lugar en que la sucesión se hubiere abierto, y a presencia del Pretor y de dos testigos, levantándose de dicho depósito la oportuna acta, en la que se identificara el testamento (artículos 912-914). Después de depositado éste sigue teniendo el valor de un documento privado, pues el depósito no le transforma en público.

2. *Testamento público*.—Es esta la forma por la que las disposiciones testamentarias son conocidas, aunque ofrezca la máxima garantía de respeto a la voluntad del testador. En esta forma hay una participación directa del funcionario público en la confección del testamento, y el acto queda asegurado de este modo de todo peligro de supresión o alteración. El testador declara oralmente ante un Notario su voluntad, en presencia de cuatro testigos o ante dos Notarios en presencia de dos testigos; el Notario único o uno de los dos Notarios, respectivamente, la consigna por escrito, que luego lee al testador en presencia de los testigos; haciendo luego mención en el documento de haber cumplido esta formalidad (artículos 777, 778, 781). Una vez leído y constatada la conformidad del escrito con la declaración del testador, éste formará el documento, así como los testigos y el Notario o los Notarios; esto es, lo firmarán todos los que hubieren

(1) Sobre la echa falsa, vide Brunetti Ant., *Della data non vera nel test. olografo*, Venecia, 1900; Modice, *Is La veridicita nella data del testam. olografo* (*Sinossi giur*, 1921, fasc. 394).

puede o no sabe firmar, habrá de hacer constar la causa que le impide firmarlo y el Notario consignar esta declaración (artículos 779, 780, 781). Como la declaración oral del testador es elemento esencial del acto, se deduce de aquí que el mudo o el sordomudo no pueden hacer testamento público, sino recurrir solamente al ológrafo o al secreto (art. 786). Y como por otra parte también la lectura por el Notario es elemento esencial, el que se halle privado totalmente del sentido del oído debe (leyendo el Notario el testamento a los testigos), leer por sí mismo el documento; el cumplimiento de este requisito se hará constar por el Notario en el documento (art. 787); sin embargo, previendo el caso del testador privado del oído y el del testador que no sepa o no pueda leer, la ley exige en tales hipótesis un testigo más, debiendo por tanto, concurrir cinco en lugar de cuatro, o tres si son dos los Notarios autorizantes (art. 787, párrafos 1.º y 2.º). Los testigos pueden ser de sexo masculino y femenino (ley de 9 de Diciembre de 1877), pero en todo caso, habrán de ser mayores de veintiún años, ciudadanos o extranjeros, residentes en el reino, y que no hayan perdido por efecto de una condena, el goce y el ejercicio de los derechos civiles; no podrán ser testigos los auxiliares y amanuenses del Notario que recibió el testamento (art. 788); tampoco podrán serlo los ciegos, sordos y mudos, los parientes y afines del Notario o del testador en línea recta en cualquier grado, y en la colateral, hasta el tercero inclusive, el cónyuge del Notario y los que tengan interés en el acto, los que no puedan o no sepan firmar (artículos 28 y 50 de la ley Notarial de 16 de Febrero de 1913, n. 89). La ley notarial de 16 de Febrero de 1913 exige otras formalidades no requeridas por el Código. Las enumeradas son todas ellas esenciales y su inobservancia produce la nulidad del testamento (art. 804).

3. *Testamento secreto.*— Intermedia entre las dos anteriores es la forma del testamento secreto, el cual además de ofrecer una mayor seguridad por lo que se refiere al documento testamentario que se confía a la custodia del Notario, evita los inconvenientes de la publicidad de las disposiciones que ofrece el testamento público. El carácter de autenticidad se manifiesta en la

entrega de este testamento al Notario, acompañada de solemnidades idóneas a identificar el documento; pero el secreto es absoluto porque ya está escrito el testamento por el propio testador o por un tercero a su ruego; el contenido del mismo será ignorado de los extraños y hasta del Notario autorizante. Pero las formalidades son aun mayores que las del testamento público; pues de una parte se refieren a los actos precisos a la formación del documento, de otra a las operaciones de entrega al Notario y a las de recepción por este: a) El documento habrá de estar escrito por el propio testador o por un tercero en su nombre; si está todo él escrito por el testador, habrá de firmarlo éste al final de sus disposiciones (art. 782), y cuando esté fechado también, esta especie de testamento será muy semejante al ológrafo; por esto, si dicho testamento, recibido por el Notario, no puede por inobservancia de alguna formalidad, testamento secreto, valdrá como ológrafo (art. 804). Si el testamento está, en todo o en parte escrito por un tercero, además de firmado por el testador al final de sus disposiciones, habrá de estarlo también en cada una de sus hojas (art. 782). Cuando el testador sepa leer, pero no escribir, o no haya podido firmar el testamento, habiendo encomendado a otro su redacción, en el momento de su entrega al Notario, habrá de declarar además de cuanto se dirá inmediatamente, que leyó el testamento escrito por otro y hacer constar la causa que le imposibilitó firmarlo (analfabetismo, impedimento físico) (art. 784). De esto y del precepto terminante del art. 785 («los que no saben o no pueden leer, no pueden hacer testamento secreto»); se deduce que quien sea completamente analfabeto, no puede en modo alguno utilizar el testamento secreto escrito por otro, ya que no puede leer lo que otro escribió, ni puede testar escribiendo el mismo el documento y firmándolo (1). De estas disposiciones y de la del artículo 786 deriva que si el testador es mudo o sordomudo, deberá, al comienzo del acta que acredite la entrega, hacer constar por escrito en presencia del Notario y de los testigos que el do-

1)

(1) Según muchos, ni siquiera en esta forma puede testar, pues el precepto del art. 756 no distingue y se aplica rigurosamente.

cumento presentado contiene su testamento, y si éste fué escrito por un tercero, que además lo leyó el testador. De aquí la consecuencia que el mudo o sordomudo (incapaz de hacer testamento público), no puede otorgar testamento secreto si no sabe leer o escribir, y como ni siquiera puede recurrir al ológrafo, de hecho será incapaz de testar. *b*) Formado el documento, según las operaciones de entrega. El papel en que se escriben las disposiciones o la cubierta, ha de ser sellada de modo que el testamento no se pueda abrir ni extraer sin rotura o alteración de los sellos; el acto de sellar el testamento lo ejecutará el propio testador o lo hará éste ejecutar a presencia del Notario y cuatro testigos, declarando verbalmente (y si es mudo por escrito), que el documento que entrega contiene su testamento (art. 783). El Notario procede a extender el acta de su recepción, consignando en el documento mismo o en su cubierta cerrados y sellados, el número y forma de los sellos, la asistencia de los testigos y el cumplimiento de las demás formalidades; el acta de recepción será firmada por todos cuantos intervienen en el acto, observándose la unidad de contexto (art. 783). También la inobservancia de estas formalidades produce la nulidad del testamento.

El testamento secreto requiere como el ológrafo para su ejecución que se publique al abrirse la sucesión. A instancia de cualquier interesado, el Notario que lo recibe, lo abrirá y publicará a presencia del pretor y de dos, por lo menos, de los testigos que hubieren intervenido en el acto de la entrega, y si éstos no fuesen hallados, de otros testigos que puedan reconocer las firmas y que deberán reconocer el estado en que el documento se halla. De todas estas operaciones se levantará la correspondiente acta (art. 915).

4. *Testamentos especiales.*—Tomando en consideración las extraordinarias circunstancias en que puede hallarse el testador y la dificultad de recurrir éste a las formas ordinarias de testar, la ley autoriza el uso de formas testamentarias más sencillas: *a*) El testamento en lugares en que haya epidemia o enfermedad contagiosa, puede hacerse declarando el testador su voluntad ante un Notario o el Juez o un Sacerdote, quien la consignará

en forma escrita a presencia de dos testigos, que sean por lo menos mayores de diez y seis años, y la firmará con el testador y los testigos, si éstos pueden y saben firmar (art. 789). Este testamento caduca seis meses después de haber cesado la epidemia en el lugar en que se hallase el testador o seis meses después de haberse éste trasladado a lugar en que no hubiese epidemia (artículo 790). *b)* Quien se encuentre viajando por mar, puede hacer testamento que recibirán el Comandante o Comisario si se trata de buque de guerra, o el Capitán o Patrón, si de buque mercante, a presencia de dos testigos mayores de edad (artículo 791), sacándose del mismo un duplicado (art. 793), que se conservará con el original entre los papeles más importantes de a bordo (art. 795); uno de estos testamentos o duplicado se entregará al Agente diplomático o consular del primer puerto de arribo, el otro o ambos a la autoridad marítima del primer puerto del reino a que la nave arribe (art. 796). También este testamento caduca, si el testador no muere en el mar, o cuando hubieren transcurrido tres meses desde que desembarcó el testador en lugar en que hubiere podido otorgar testamento ordinario (art. 798). *c)* Finalmente, testamento militar es el otorgado en tiempo de guerra por quienes (militares o empleados en el ejército) figuran en una expedición militar, en país extranjero o en el reino, hallándose prisioneros del enemigo o en plaza o fortaleza sitiadas o en otros lugares aislados por haberse interrumpido las comunicaciones (art. 802). Este testamento es recibido por un Mayor o por otro Oficial de igual grado o superior, o por un Intendente militar en presencia de dos testigos mayores de edad (art. 799). Si el militar pertenece a puestos destacados, puede el testamento ser recibido por el Capitán u Oficial que lo mande (art. 799); si el testador enferma o es herido, puede ser recibido su testamento por el Oficial médico de servicio, siempre en presencia de dos testigos (art. 800). El testamento se reducirá a escrito por el Oficial que lo reciba, y luego firmado por el testador y los testigos; transmítase luego en pliego certificado a la Intendencia General del Ejército y éste lo reexpide al Ministerio de la Guerra, en donde se ordena su depósito en la Oficina del

Registro del lugar del domicilio o de la última residencia del testador (art. 801). Este testamento caduca tres meses después de haber regresado el testador a lugar en que se pueda otorgar testamento ordinario (1).

(1) Vide Instrucción sobre actas de defunción y nacimiento y testamentos en tiempo de guerra aprobada por Decreto-ley de 30 de Enero de 1916, núm 109, sustitutiva de las normas del apartado II del Reglamento para el servicio de guerra aprobado por Real decreto de 10 de Mayo de 1912; vide también el Decreto-ley de 20 de Julio de 1919, número 1.328, sobre testamentos recibidos durante la ocupación enemiga.

CAPITULO XXXV

Contenido del testamento

§ 145.—*Condiciones de validez de las disposiciones testamentarias*

Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 299; Chironi, *Ist.*, II, §§ 474, 475; Filomusi, *Dir. ered.*, II, página 88; Zachariae, *Mun.*, IV, §§ 668, 670, 702; Aubry y Rau, *Cours*, VII, §§ 654-657, Planiol, *Traité*, III, números 2.871, 2.924, 2.991 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 546-550.

Toda disposición testamentaria de contenido patrimonial (el testamento puede contener disposiciones de otra especie) es siempre disposición de un *universum ius* o de una cuota parte de éste (por ejemplo, de un tercio o un cuarto de la herencia) o disposición de cosas singulares o de conjuntos singulares de cosas (por ejemplo, de todos los bienes muebles o de todos los inmuebles); estas disposiciones atribuyen en el primer caso la condición de heredero, en el segundo la de legatario (art. 760). Dejando para los párrafos siguientes el estudio de las dos especies de disposiciones y la exposición de las normas propias de cada una, consideraremos ahora desde un punto de vista general, los requisitos exigidos para que una disposición testamentaria sea, en cuanto a su contenido, válida y eficaz.

a) Ante todo, de los principios generales propios del negocio jurídico se desprende que la voluntad del testador debe estar exenta de vicios. La invalidarán, pues, el dolo, el error y la violencia. Influye en esta voluntad el error de derecho o de hecho, el que versa sobre la persona del destinatario, sobre cualidades de éste consideradas de modo especial por el testador, o sobre el objeto de la disposición. Influye también en dicha voluntad el error sobre el motivo o (como dice la ley, art. 828)

sobre la causa de la disposición, a condición de que sea el único determinante de la voluntad testamentaria y de que aparezca expreso en el testamento (1).

Es inválida la disposición emitida bajo el influjo del dolo, ya sea éste empleado por el beneficiado con la disposición o por un tercero, ya para obtener una disposición testamentaria favorable, ya para revocar la perjudicial. El dolo adopta las formas de *captación* y de *sugestión*; consiste en el empleo de artes y medios ilícitos para despertar en el testador sentimientos diversos de los que le animan, produciendo en él rencores o sospechas contra la persona a quien hubiera querido favorecer o afectos o inclinaciones en favor de aquella a quien habría seguramente olvidado. El consejo, la persuasión, el halago, no bastan para que la voluntad del testador pueda estimarse coartada o menos espontánea; el medio empleado ha de ser ilícito, revestir caracteres dolosos o consistir en maquinaciones fraudulentas. Finalmente, es anulable la disposición que hubiere sido arrancada con violencia, siendo indiferente que emplee la violencia el mismo a quien la disposición favorece o un tercero (2).

b) Algunos sostienen que la voluntad esté exenta de vicios; debe ser una voluntad propia del testador y por éste personal y directamente manifestada. No se admite representación alguna en materia testamentaria ni en cuanto a la declaración (pues no puede una persona encargar a otro que manifieste la última voluntad de la primera) ni con mayor razón en cuanto a la voluntad misma (encargando a un tercero que adopte la decisión y la declare como nuestra).

De aquí que no pueda confiarse al arbitrio de un tercero la designación de la persona del favorecido ni la determinación del objeto de la disposición. Respecto a la designación por un ter-

(1) Caldarera, *Causa erronea nelle disp. di ultima volontà*. Roma, 1916.

(2) Algunos sostienen que el testamento es válido, pero que el favorecido que empleó la violencia se convierte por ello en indigno; otros, que es válido sin más, como acto formal que es, cuya validez depende de la observancia de la forma. Schossmann, *Zur Lehre vom Zwang*. Leipzig, 1874; Caporali, *Della violenza como motivo di nullità del test.* (*Riv. it. p. lo sc. giur.*, IV, 1887, páginas 3 y siguientes).

cero del favorecido, el art. 834 declara nula toda disposición hecha en favor de persona incierta a designar por un tercero, ya sea institución de heredero, ya de legatario. Pero así como con respecto al heredero la prohibición es absoluta, exigiéndose que sea personalmente designado por el testador, en cuanto al legatario se admite en cierto modo el arbitrio del tercero; con tal que el testador limite la elección por el tercero entre varias personas determinadas por el testador mismo, sean físicas o jurídicas, o que el grupo dentro del cual haya de designarse heredero sea una familia determinada o una persona moral, el tercero puede válidamente designar al favorecido (art. 834).

En cuanto al objeto, la prohibición de recurrir al arbitrio de un tercero es formulada por la ley de un modo expreso con referencia al legado (art. 835), pero debe considerarse aplicable también a la fijación de la cuantía del derecho del heredero. La norma vigente es la que dispone considerar nula la disposición que deje al arbitrio del heredero o de un tercero la determinación de la cuantía de un legado; se exceptúan los legados remuneratorios hechos para retribuir servicios prestados al testador en su última enfermedad, pues el disponente no puede valorar el servicio para remunerarlo debidamente.

c) La persona del favorecido debe ser cierta, o sea heredero o legatario. Es cierta, no solamente cuando resulte individualmente determinada, sino cuando en el testamento hallan los elementos precisos para su determinación.

Así debe interpretarse el precepto del art. 830, que declara nula toda disposición (a título universal o particular) hecha en favor de persona incierta que no pueda determinarse. Lo que perjudica a la disposición es la incerteza absoluta. A este respecto poseen singular importancia las disposiciones relativas al alma y las hechas en favor de los pobres que han merecido una regulación especial.

α) *Las disposiciones en favor del alma.*—Es toda asignación patrimonial para el sufragio del alma del finado mediante actos de cultos, como misas, rezos, etc. Admitidas y favorecidas por el antiguo Derecho, sobre todo por el canónico, no están prohi-

vidas por el nuestro si son concretas, con lo que se excluye toda incerteza subjetiva u objetiva. En efecto, el art. 831 declara que las disposiciones en favor del alma hechas genéricamente son nulas; la nulidad deriva de la incerteza de la persona a quien se atribuye el beneficio, ya que el alma no puede tener la consideración de sujeto beneficiado, o sea de heredero o legatario, por no ser persona ni comparable a una persona; respecto a la certeza exigida por el art. 835, precisa la determinación cuantitativa de lo dejado a este fin. Para excluir la incerteza subjetiva, habrá que determinar la persona que debe disponer lo referente a los actos cuya finalidad sea el sufragio del alma del finado, empleando en ello las sumas o bienes dejados por éste. El carácter concreto de la disposición consiste en la determinación de la persona que habrá de recoger lo dejado a este fin por el testador y la cuantía de lo dejado. Contra la doctrina común que estima suficientes ambas determinaciones, sostiene Filomusi (1) que precisa una tercera especificación: la determinación de los actos que tengan por fin el sufragio del alma del difunto; y Scaduto (2), que basta la especificación de la suma, pues los Consejos de fábrica (donde existan) o el Obispo (que conserve los poderes necesarios para cuidar del cumplimiento de las cargas del culto), serán los órganos idóneos para promover y asegurar el cumplimiento de las pías disposiciones (3).

β) La *genericidad* no perjudica a las disposiciones cuando éstas son hechas en *favor de los pobres*; para favorecer la causa de la beneficencia la ley admite que siempre que el testador no hubiere determinado los pobres o la institución benéfica a que

(1) *Delle disposizioni per l'anima o a favore dell'anima nel dir. civ. it.* (Riv. it. p. le sc. giur., I, 1886, páginas 46 y siguientes; reproducido en *Dir. ered.*, II, páginas 109 y siguientes).

(2) *Dir. eccles.*, I, pág. 744.

(3) Para más detalles, vide Ruffini, *La spese di culto e le opere pie*, Turín, 1908; Falco, *Le disp. pro anima*. Turín, 1911; Braudileone, *I lasciti per l'anima e la loro trasformazione*. Venecia, 1911; id., *I lasciti per l'anima e l'art. 91 della C. sulle istituz. di pubbl. beneficenza* (Riv. dir. pubbl., 1913. II, páginas 231 y siguientes).

deba destinarse el legado, éste será adquirido por la Congregación local de caridad que ostente la representación y tutela de los pobres del lugar en donde el testador tenía su domicilio al tiempo de su muerte. Por consiguiente, toda disposición en favor de los pobres u otras semejantes hechas de modo genérico sin determinar el uso, la Obra pía o el establecimiento público, o cuando la persona a quien el testador confió tal determinación no pueda o no quiera aceptar el encargo, se entienden hechas en favor de la Congregación de caridad, que es una institución existente en todos los Municipios. Para que la disposición sea válida, precisa que resulte determinada la cosa o suma destinada a los pobres.

a) La necesidad de que la persona del favorecido sea designada por el testador directamente y el principio inderogable de que la voluntad testamentaria sólo puede manifestarse válidamente en testamento escrito, produce las consecuencias de que no se admitan en derecho civil italiano las llamadas *disposiciones fiduciarias*.

Era la *fiducia* una institución muy usual en derecho antiguo y hasta favorecida por el Derecho canónico. Mediante ella el testador confiaba al heredero o legatario, verbal y secretamente, el nombre de la persona a quien debían transmitirse los bienes de la herencia o del legado; pues según las intenciones del testador era esta otra persona la que debía ser heredero o legatario verdadero, y no la que aparecía designada en el testamento (fiduciario), quien como puro órgano transmisor no era más que un *nudus minister*, un ejecutor de la voluntad del causante. Era, pues, una especie de testamento *nuncupativo* y secreto en el que la persona del favorecido (heredero o legatario) era indicada *ad aures* del fiduciario, el cual sólo aparentemente adquiría la condición de heredero o legatario, ya que en virtud del acuerdo secreto con el testador debía en un momento sucesivo indicar la persona a quien el testador quiso transmitir real y verdaderamente los bienes dejados, sin que tal fiduciario pudiese retener nada para sí.

Varios eran los fines que esta institución pretendía. Unos

lícitos, otros ilícitos (como el de dejar los bienes a persona incapaz), si bien en este último caso hubieran medios de impedir que se usase de la institución con ánimo de burlar la ley y especialmente para infringir las normas concernientes a la incapacidad. Remitido el cumplimiento de este encargo a la conciencia y honradez del fiduciario, escapa a toda coerción; la institución se prestaba por ello a fáciles abusos, ya que no había más límite al arbitrio del fiduciario que la prohibición de declararse él mismo heredero o legatario, es decir, de designarse él como la persona a quien habían de transmitirse los bienes definitivamente.

La posición adoptada por el Derecho francés frente a esta institución fué la de declarar nula toda disposición testamentaria que contuviese la fiducia. De la Ordenanza de 1755 (en el Código Napoleón no se alude a la fiducia) deriva que todo testamento de esta especie es nulo, porque prohibidas todas las formas nuncupativas de testar, no se puede atribuir la herencia o el legado al favorecido secreta y realmente porque no aparece designado en el testamento, ni al fiduciario, porque ello no respondería a la voluntad del disponente.

El Código italiano (art. 329), siguiendo el albertino, ha adoptado una posición diversa: declara nula la fiducia, prohibiendo toda prueba que tuviese por objeto el demostrar que la disposición hecha en favor de la persona designada en el testamento es aparente, favoreciendo en realidad a otra distinta, y esto, aunque el testamento contenga una expresión cualquiera que indique o haga presumible la existencia de una fiducia; considera firme el nombramiento del fiduciario, reputando a éste como verdadero y propio favorecido a quien van a parar los bienes de la herencia o del legado. El art. 829, que en su acepción literal parece limitarse a establecer una norma restrictiva de la prueba, es decir, a excluir ésta cuando tenga por objeto contradecir el contenido del testamento, tiene en realidad mayor alcance: declara la fiducia nula en sí y desprovisto de toda eficacia el encargo secreto que entraña, niega al designado en secreto acción para pedir el cumplimiento del encargo y para exigir que le sean transmitidos los bienes; también declara ineficaz el espon-

táneo cumplimiento de la fiducia. Heredero o legatario único y definitivo es, pues, el designado en el testamento; con esto se priva de eficacia a las disposiciones fiduciarias, pero de un modo poco justo, ya que se declara válida una disposición aparente, en realidad no querida por el testador. Una excepción a la prohibición de la prueba, es el caso en que la institución o el legado son impugnados por hacerse mediante persona interpuesta en favor de un incapaz (artículos 829 y 773). Para probar que se burlaron las normas sobre incapacidad, se permite la prueba del carácter fiduciario de la disposición, o sea de que hubo persona interpuesta (1).¹

§ 146.—*La institución de heredero*

Brugi, *Ist.*, § 96; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 308; Chironi, *Ist.*, II, § 474; Filomusi, *Dir. ercd.*, II, pág. 34; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 720-722; Aubry y Rau, *Cours.* VII, §§ 713, 714, 719, 720, 692; Planiol, *Traité*, III, número 3.006 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 551-556.

Por el principio contenido en los artículos 760 y 827 del Código civil, la institución de heredero no consiste, como en el Derecho romano, en la designación por el testador del instituí-

(1) La bibliografía es abundante y recientemente ha refflorecido. Vide Brugi, *Dichiarazione di fiducia e fiducia testamentaria* (*Dir. e giur.*, 1912, páginas 137 y siguientes); Coviello *Della fiducia nel dir. civ. it.* (*Giur. it.*, 1912 y siguientes); Venerian, *Nullità assoluta della dichiarazione di fiducia test.* (*Legge*, 1912 pág. 567); Manenti, *Della fiducia o sostituzione fiduciaria* (*St. Scuesi*, XXVIII, páginas 280 y siguientes); Coppa-Zuccari-*La fiducia testam. nel dir. vigente*. Palermo, 1912 y en *Scritti per Chironi*, I); de Ruggiero, *L'illicittà della fiducia testamentaria* (*Riv. dir. civ.* V, 1913, páginas 433 y siguientes) y las citas y referencias contenidas en este trabajo. Vide también Gabba, *La fiducia nel dir. civ.* II, páginas 119 y siguientes, y Landolfi, *La fiducie testamentarie*. Nápoles, 1917; notables, son los trabajos de Gianturco, *Delle fiducie nel dir. civ. it.* Nápoles, 1882, y *Scritti varii*. Nápoles, 1906, páginas 113 y 124. pero la opinión por él sustentada contraria a la defensa en el texto no cuenta con muchos partidarios. Un trabajo amplio de revisión histórica y doctrinal es el de Ambrosini, *Disposizioni di ultima volontà fiduciaria*, Nápoles, 1915-1917.

do con el nombre de heredero; lo que verdaderamente caracteriza la institución es su contenido y su substancia. No es tampoco cierto en nuestro Derecho, como lo era en el romano, que la *institutio heredis* es el *caput et fundamentum totius testamenti* (1), es decir, que lo que da al testamento eficacia es el nombramiento del *heres*, de modo que si éste falta o caduca, son ineficaces todas las disposiciones contenidas en el testamento (2). El rigor del principio por el que el nombramiento de heredero es elemento esencial del testamento, implicaba que el heredero por serlo adquiría todo el patrimonio del difunto, no que la universalidad de la adquisición produjese el título de heredero. De aquí algunas consecuencias que pueden tal vez parecer extrañas hoy, pero que eran completamente lógicas en el sistema romano, consecuencias que se patentizan en el *legatum partitionis* y en la *institutio ex re certa*.

Si en efecto el testador, al designar heredero, hubiese al mismo tiempo impuesto la obligación de ceder a un tercero una cuota parte del haz hereditario, o sea, hubiere distribuído el haz entre el heredero y un tercero, el favorecido con tal disposición no era heredero (aun cuando hubiese dispuesto el testador de todo el haz en su favor), sino legatario, aunque sucediese no en cosas singulares, sino en el *universum ius* o en una cuota parte del mismo. Tal disposición era un legado, el *legatum partitionis* o *partitio legata*. Viceversa, nombrado heredero era inconciliable con tal nombramiento la institución de heredero en una o varias cosas singulares (*institutio heredis ex re certa*), pues la atribución de un determinado elemento patrimonial era incompatible con el título de heredero que confiere el derecho al *universum ius* del difunto y a apropiarse cualquier elemento patrimonial de que no se hubiere dispuesto en favor de otro mediante legado. Pero más que la nulidad de la *institutio* y la ineficacia

(1) Así textualmente en el § 34, *Inst.*, 2,20: *quia testamentum vim ex institutione heredum accipiunt et ob. id veluti caput adque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

(2) Modestino, fr. 1, § 3 D. 28 6: *nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.*

del testamento por la inconciliable contradicción que esta disposición entrañaba admitieron los romanos para favorecer la voluntad testamentaria, que la mención de la *certa res* se considerase como no puesta; el *heres ex re certa* se reputaba heres puro y simple *detracto rei certae mentione*.

Nada de esto rige en el derecho moderno que ha invertido la relación del título de heredero con la adquisición universal; no es el nombramiento de heredero la causa de la adquisición del *universum ius*; a la inversa, es la disposición a título universal la que atribuye la condición de heredero. La institución de heredero no depende de las palabras empleadas, sino de la esencia de la disposición, pues cualesquiera que sean las expresiones usadas por el testador, será heredero aquel a quien se atribuya la universalidad de los bienes o una cuota de ésta; los demás favorecidos tendrán la condición de legatarios. Han desaparecido, pues, las figuras del *legatum partitionis* y del *heres ex re certa*; en el primero había una disposición a título universal, porque al *partiarius* se atribuye una cuota parte del haz hereditario; la *institutio ex re certa* no entrañaría nada de contradictorio; en esta disposición habría que reconocer el llamamiento de un heredero o de un legatario según que la atribución de la cosa singular se hiciese en función de cuota hereditaria o con la carga de pagar las deudas de la herencia, o fuese verdadera disposición a título particular.

Así, pues, un testamento puede existir sin que tenga institución de heredero; puede otorgarse todo el haz con legados, porque nada impide al testador distribuir sus cosas mediante disposiciones particulares, sin atribuir a nadie la cualidad de heredero. El problema en tal caso consistirá en averiguar quién puede o debe asumir la condición de heredero, lo cual tiene una gran importancia, porque (como ya sabemos) sólo el heredero responde de los débitos y cargas hereditarios; jamás es el legatario quien responde solamente de las cargas reales que graven la cosa legada o que le hubieren sido expresamente impuestas por el testador; es natural que los acreedores quieran saber quién ostenta la representación del difunto para poder dirigirse contra él.

La solución varía según las hipótesis: a) Puede no agotarse el haz con las disposiciones particulares; en tal caso por testamento no habrá más que legatarios y el heredero será el legítimo. b) El haz se agota con los legados; puede aun en este caso haber un heredero. Este será el heredero legítimo si el llamado por la ley no se mueve tan sólo por el interés económico y acepta la herencia aunque vacía de contenido. También puede ser heredero cualquiera de los favorecidos en el testamento o todos ellos, si del tenor de las disposiciones, de las declaraciones del testador, de todas las circunstancias, se pudiese deducir la intención del causante de que fuese heredero alguno, algunos o todos los favorecidos. Así, por ejemplo, si a dos personas que el testador designa como legatarios deja éste una serie de cosas específicamente enumeradas que agotan el haz hereditario y consta que la intención del testador es que ambos respondan de las deudas y cargas hereditarias; en este caso resulta claro que los dos favorecidos con disposiciones particulares deben reputarse como verdaderos y propios herederos. c) Los legatarios lo son verdaderamente y el llamado por la ley no acepta la herencia; falta en tal caso el heredero de un modo absoluto. En tal caso el remedio será la separación de patrimonios. A falta de un heredero que responda personalmente y frente a los legatarios que están exonerados de toda responsabilidad, incluso de la limitada a la cuantía del haber hereditario, los acreedores deben satisfacer sus créditos en el patrimonio del difunto; tal satisfacción puede obtenerse pidiendo la separación de los bienes de la herencia contra los legatarios, ejercitando contra y sobre los bienes de la herencia la acción ejecutiva.

La institución de heredero puede ser pura y simple o ir acompañada de modalidades. Pero de éstas no todas son compatibles con dicha institución.

a) *Condiciones*.—Nada se opone a que el nombramiento de heredero sea condicional. La condición suspensiva es siempre utilizable; no, en cambio, la resolutoria, porque perdiéndose la cualidad de heredero al realizarse el hecho en que la condición consiste, se quebrantaría el principio de la irrevocabilidad

de la aceptación y el de la perpetuidad del título hereditario y se violaría en muchas ocasiones la prohibición de las sustituciones fideicomisarias. El Código no declara esto de un modo expreso y se limita a enunciar el principio general de que las disposiciones a título universal o particular pueden hacerse bajo condición (art. 848). De aquí deduce la mayoría de los autores que la condición resolutoria está también permitida. Pero la inaplicabilidad de la condición resolutoria a la institución de heredero deriva en nuestra opinión de los principios enunciados, los cuales restringen el alcance del art. 848 más de lo que de su tenor literal se desprende (1).

Si se fija una condición suspensiva, la herencia no se adquiere si dicha condición no se verifica; lo cual produce como consecuencia el que si la persona instituída muere antes de verificarse la condición, la disposición testamentaria es ineficaz (art. 853). Pero aunque no muera el instituído antes de cumplirse la condición habrá—como en cualquier otro negocio jurídico condicionado—un estado de suspensión y de incerteza que requiere normación especial, ya que el haz hereditario o la cuota del mismo que corresponda al instituído condicionalmente no puede dejarse sin administración y sin custodia. La ley provee a esto ordenando que hasta que la condición se verifique o hasta que resulte cierto que no puede verificarse, se entregue la herencia a un administrador (art. 857) y éste será el presunto heredero legítimo del testador o un tercero extraño designado por la autoridad judicial cuando ésta estime preferible por justas razones confiar a dicho tercero la administración (art. 859) o, si se trata de heredero instituído en una cuota parte, el coheredero o cohereros instituídos sin condición, cuando entre éstos y el heredero condicional haya lugar al derecho de acrecer (art. 858). La condición potestativa negativa exige también una regulación especial, pues la prohibición de dar o de hacer en que la condición

(1) Vide Gabba, *La condizione risolutiva apposta alle disposizioni testamentarie* (en *Quest. dir. civ.* II, páginas 92 y siguientes; Milone, *Dell'istituzione di erede sotto condizione risolutiva* (en *Studi per Persina*, III); Butera, *La cond. risolutiva nella ist. di erede*, Milán, 1904.

consiste, puede ser violada mientras viva el favorecido por éste y contrariar el sentido de la disposición, no puede aplazarse hasta el momento de la muerte del favorecido, la adquisición de la herencia. Para evitar este inconveniente la ley impone al heredero instituído con esta condición la obligación de prestar caución u otra garantía que asegure el cumplimiento de la voluntad del testador a aquellos a quienes la herencia sería atribuída en caso de incumplimiento de la condición (art. 855) (1).

Se permite la fijación de toda condición posible y lícita. Remitimos aquí al lector a lo dicho sobre las condiciones ilícitas e imposibles, las cuales se tienen por no puestas (art. 845), reputándose en tal caso la institución pura y simple. El Código se refiere de un modo expreso a las condiciones ilícitas, declarando contraria a la ley la que tienda a impedir la celebración de primeras o ulteriores nupcias; es decir, la condición de celibato y la de viudez (art. 850). En cambio, como excepción considera lícita la condición de viudez impuesta por un cónyuge al otro (artículo 850). De aquí resulta que una misma condición varía según la relación en que el testador se halle con el heredero (2). Otra condición ilícita a que alude el Código es aquella que hace depender la validez de la institución de heredero de la existencia de una recíproca disposición testamentaria en favor del tes-

(1) Es esta la llamada *cautio Muciana* por el nombre del Jurisconsulto romano que la introdujo. Vide Scialoja, *Sulla cautio Muciana applicata all'eredita* (Bull. ist. dir. rom., XI, pág. 265 y siguientes).

(2) Sobre estas condiciones vide Polignomi, *La conditio viduatatis*, Nápoles, 1872; Ramponi, *La condizioni del celibato e di vedoranza nei testamenti e nei contratti*. Florencia, 1893; Del Vecchio, *Le seconde nozze del coniuge superstite*, Florencia, 1885, censurando el art. 850.

¿Se incumple la condición de viudez contrayendo solamente matrimonio religioso? Según unos no porque este matrimonio para la ley no existe; según otros sí, porque prácticamente, y para quien puso tal condición, tanto vale el matrimonio civil como el religioso. Vide Del Giudice, *Il matrimonio religioso e la condizione di vedoranza nella legge e nei testamenti* (Riv. dir. civ., VIII, 1916, páginas 293 y siguientes), Ferrara, *Teoria del negozio illecito*, 2.^a ed., 1914, páginas 164 y siguientes; Corazzini, *Il matrimonio religioso e la conditio viduatatis* (Dir. eccles., 1915, páginas 77 y siguientes).

tador. Pero esta condición, que es de las llamadas disposiciones captatorias, vicia toda la disposición, no siendo posible en tal caso que la condición se cancele y la disposición subsista; toda la disposición es ineficaz, pues infringe la prohibición de los testamentos recíprocos y se opone a otros principios fundamentales la declaración del testador de disponer de cierto modo, para así beneficiarse eventualmente del testamento de su heredero (art. 852).

b) *Términos*.—La institución de heredero no puede sujetarse a término inicial o final; si se fija término se considera no puesto y la institución se reputa pura (art. 851). Con el principio de la continuidad ininterrumpida de las relaciones del difunto mediante la transmisión de las mismas al heredero, pugna el término en que el instituido debe comenzar a ser heredero; a los principios de la perpetuidad del título de heredero y de la irrevocabilidad de la aceptación y a la prohibición de las sustituciones fideicomisarias se opone el término final. De esto puede extraerse otro argumento para probar lo improcedencia de la condición resolutoria, que funciona análogamente al término final, ya que si la ley prohíbe éste de modo expreso, tal prohibición debe estimarse aplicable a aquélla.

c) *Modo*.—El testador puede imponer a su heredero cargas y gravámenes de toda especie con tal que sean lícitos; de esto nace en el instituido la obligación de ejecutar el *modus*. Para constreñir al heredero tal cumplimiento del *modus* tendrán acción los interesados en que se respete la voluntad del testador; primeramente los demás herederos, si hubieren coherederos, y el modo de imponerse a uno de ellos; el tercero beneficiado con la carga, si lo hubiere; el executor testamentario, o, finalmente, si el *modus* lleva cláusula de caducidad, los que por efecto de ésta serían llamados a la herencia.

§ 147.—*Las sustituciones*

Brugi, *Ist.*, § 97, Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 332; Chironi, *Ist.*, § 476; Filomusi, *Dir. cred.*, II, pág. 213; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 773-707; Aubry y Rau, *Cours*, VII, §§ 693-697; Planiol, *Traité*, III, números 3.265, 3.299 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 557-561, 637, 662-668.

Toda la materia de las sustituciones era en el derecho antiguo compleja y dificultosa; en el derecho vigente se ha simplificado mucho, pues sólo dos sustituciones han sobrevivido y de ellas una está permitida: la sustitución vulgar; la otra, rigurosamente prohibida, la sustitución fideicomisaria. Sustitución en general es el llamamiento de un segundo heredero o de un segundo legatario hecho por el testador para el caso de que el primero no tenga efectividad. El llamamiento del sustituto puede ser directo, es decir, haber un llamamiento único para el instituído y el sustituto o bien indirecto u oblicuo, es decir, haber dos llamamientos en orden sucesivo. Constituyen estas dos formas de institución, una permitida y prohibida la otra. Debemos estudiar una y otra.

I. *Sustitución vulgar*.—Llámase sustitución vulgar o directa aquella por la cual el testador sustituye al heredero o legatario por otra persona en el caso en que el primero no pueda o no quiera aceptar la herencia o el legado (art. 895). Así, por ejemplo, si el testador dice: «instituyo heredero a Ticio, y en defecto de éste a Cayo», o bien «lego a Ticio el fundo tusculano, y si éste no quiere o no puede aceptarlo lego dicho fundo a Cayo». Es, pues, la sustitución directa una institución condicional en la que la condición consiste en el hecho de que el instituído no llegue a ser heredero o legatario. En nada se opone esto a los principios generales de la sucesión ni a los de la economía pública o de la libre circulación de los bienes; por ello dicha sustitución está permitida. La ley permite condicionar la herencia o el legado; con mayor razón había de permitir poner la condición de que el instituído no pudiese o no quisiese aceptar, pues con ello asegura el testador el tener sucesor, dándose

cumplimiento a su voluntad antes que recurrir a la sucesión legítima. La sustitución puede extenderse más allá del segundo grado, habiendo un primer llamado (instituído), un segundo (sustituto), un tercero (sustituto del sustituto), etc., y así hasta el infinito; cuanto más extensa es la serie de los llamados, más remoto el peligro de que nadie acepte. Cualquiera que sea el número de las sustituciones, el llamamiento del instituído y de los sustitutos, es siempre único, porque estando tales llamamientos recíprocamente condicionados, no hay varios herederos o legatarios sucesivamente llamados; es heredero o legatario aquel de la serie que efectivamente acepte; los demás no lo son ni lo han sido un solo instante.

Las normas que rigen esta sustitución, pueden resumirse del modo siguiente:

a) La condición para que el sustituto adquiera la herencia o el legado, es que el sustituido no quiera o no pueda aceptar. No quiere aceptar quien renuncia; no puede quien haya premuerto al testador o comuerto con él, esté ausente (en sentido técnico) o sea incapaz. Difieren, pues, el no querer y el no poder; el testador puede ordenar la sustitución para el caso de renuncia, no para los demás, o sólo para algunos de los demás casos distintos del de renuncia; cuando esto ocurre, la voluntad del testador debe respetarse. Pero como en la práctica ocurre que quien prevé el caso de que el instituído no quiera, prevé también por lo general el de que no pueda, o a la inversa, la ley, interpretando la voluntad del causante de modo amplio y siempre que no conste una voluntad contraria, entiende que la sustitución que prevea uno de estos dos casos es aplicable también al no expresado (art. 896).

b) A una sola persona instituída pueden sustituir varias (nombre heredero a Ticio y sustitutos suyos a Cayo y Sempronio), o a varios instituídos puede nombrarse un solo sustituto (instituyo herederos míos a Cayo y Sempronio, y si no llegan a serlo, a Ticio) (art. 895). En el primer caso, los sustitutos tendrán derecho a partes iguales de la herencia o legado no adquiridos por el instituído; en el segundo, el sustituto adquirirá la

totalidad en defecto de ambos instituídos o la cuota de uno solo si solo uno no acepta.

c) En el caso de varias sustituciones sucesivas, cada sustituto ulterior se reputa sustituto no solamente de la persona que le precede inmediatamente, si que también del propio instituído, *substitutus substituto est substitutus instituto*. Así, si nombrado heredero Ticio, se sustituye por Cayo y Cayo por Sempronio, éste se subroga en el lugar de Ticio si Ticio no puede o no quiere aceptar aun cuando Cayo no exista.

d) La sustitución puede ser recíproca, es decir, tener lugar entre los mismos instituídos. Esto ocurre cuando el testador, nombrando dos o más herederos o legatarios, ordena que faltando uno de ellos le sustituyan el otro o los otros (ejemplo: instituyo herederos a Ticio, Cayo y Sempronio; si alguno de ellos premuere, le sustituirá el sobreviviente). La cuota que viene a faltar es adquirida por el supérstite o supérstites. Pero, ¿en qué medida deberá distribuirse la cuota del heredero que falta entre los demás supérstites? La ley distingue en este caso tres hipótesis distintas: según que en el llamamiento se indique la proporción de las cuotas o no se indique o se mezcle en la sustitución recíproca a un extraño (art. 898). α) Si no se indican las cuotas (por ejemplo, instituyo herederos a Ticio, Cayo y Sempronio con sustitución recíproca), como éstas son iguales, si Ticio falta, su cuota se dividirá en partes iguales entre los demás. β) Indicada la proporción y suponiendo las cuotas desiguales (ejemplo: instituyo heredero a Ticio en cuatro octavos, a Cayo en tres octavos y a Sempronio en un octavo), si falta Ticio, su cuota se distribuirá desigualmente entre Cayo y Sempronio en la proporción de tres a uno: «La proporción establecida en la primera disposición se presume repetida para la sustitución» (artículo citado). γ) Siendo designadas las cuotas y llamándose en la sustitución, además de los primeramente nombrados, a un tercero (por ejemplo, nombro herederos a Ticio, Cayo y Sempronio, y si uno de éstos falta le sustituirán los supérstites y Pedro), la ley, ante la incerteza de la medida en que el tercero debe entrar en la distribución de la cuota del heredero que fal-

ta, adopta la solución (que mejor responde probablemente a la intención del testador) de distribuir dicha cuota entre todos los sustitutos en partes iguales.

e) La sustitución implica que la situación del sustituto al subrogarse en el lugar del instituido, es idéntica a la de éste. Por tanto, siempre que no conste una voluntad contraria, lo dispuesto en orden a la institución regirá también para la sustitución. Constituye aplicación de este principio general, el caso poco antes examinado en que la medida o proporción de la cuota de los instituidos se repite para los sustitutos. También hay aplicación de dicho principio en el caso previsto por el artículo 897, que dispone que los sustitutos deben soportar las cargas que se hubieren impuesto a los instituidos, salvo expresa voluntad contraria; en cambio, las condiciones que afectasen personalmente a los primeramente llamados, no serán extensivas a los sustitutos si no se declarase así expresamente.

II. *Sustitución fideicomisaria* (I).—Se llama así la disposición por la que el testador que ha nombrado heredero o legatario impone a éstos la obligación de conservar la herencia o la cosa legada y de transmitirla a su muerte a otra u otras personas indicadas por el propio testador. Deriva del fideicomiso romano, en el cual se imponía al heredero instituido en el testamento la obligación moral de transmitir los bienes a otra persona (que

(1) Brugi, *Tedecommeso* (en *Dig. it.*; Cuturi, *Dei fedecommissi e delle sostituzioni nel dir. civ. it.*, Città di Castello, 1889; Patervio Castello di Bicozza, *Le sostituzioni fidecommissarie di fronte al Cód. civ. it.*, Catania, 1896; Gabba, *Sostituz. fidecomm. e sostituz. Volgare* en *Quest. dir. civ.*, 2.^a ed., páginas 35 y siguientes, y en *Nuove quest.*, 1905, I, pág. 346; Brunetti, *Il legato «quum heres morietur» e la sostituz. fedecomm.* (*Giur. it.* 1905, I, 2, página 311 y en *Scritti giur.*, II, pág. 287). Para la historia del fideicomiso vide: Plaff y Hofmann, *Zur Gesch. der Fideicommissse*, Wien, 1884; Brückner, *Studien über die Gesch. der Fideicommissse*, München, 1893; Milone *Il fedecomm. rom. nel sus svolgimento storico*, Nápoles, 1896; Gierke, *Fideikommissse* (en *Handwört der Staat.wiss.*); Kruse, *Die Familien Fideicommissse*, Berlín, 1909; Frommhold, *Zur Lehre vom Stammgut, Familien fideic. und Familien vor Kaufsrecht* (en *Festschr. f. Gierke*); Meyer, *Die Anfänge des Familien fideic. in Deutschland* (en *Festgalé f. Sehn*); Trifoni, *Il fedecomm.*, Roma, 1914.

generalmente era incapaz de recibir cosa alguna del testador) y se desenvolvió en el derecho medioeval, que le dió especial configuración; la sustitución fideicomisaria recibe, finalmente, una amplísima aplicación en un tiempo en que la conservación de los bienes en las familias y la concentración de la riqueza en manos de los descendientes varones, especialmente en los primogénitos, eran condiciones precisas para mantener rica y poderosa a la aristocracia, para conservar la fuerza política de los señores asegurándoles con la preeminencia económica el ejercicio del poder público. Pero la revolución francesa debía acabar con esto, que constituía la base del viejo régimen; el Código francés abolió las sustituciones fideicomisarias, y el Código italiano le imitó, declarando en el art. 899 inválida cualquiera disposición que pudiese reproducir, aun en forma larvada, el viejo fideicomiso. Este, según las modernas ideas, se opone a la libre comerciabilidad de los bienes y perjudica a la economía pública, porque al hacer los bienes inalienables acumulando una gran cantidad de ellos en manos de unos pocos, obstaculiza la libre circulación de la riqueza y provoca el perecimiento de los bienes; contradice al principio de la igualdad porque determina que haya miembros de una familia privados de todo beneficio y otros privilegiados; es contrario a la libertad de testar, porque al disponer el testador de los bienes en favor de los herederos o legatarios, fija el sucesor de éstos, impidiéndoles disponer en favor de persona distinta del sucesor que se les haya señalado. Considerada toda vinculación de propiedad nociva a la economía general, lo era aún más esta vinculación familiar, en que la sustitución de generaciones llegaba al infinito y la vinculación resultaba, por tanto, perpetua. El Código la ha prohibido de modo absoluto. Pero el camino seguido por la ley italiana es distinto del que siguió la francesa, pues mientras el Código napoleónico declara (art. 896) nula toda la disposición de modo que el instituido y el sustituto nada perciba de la herencia o del legado, nuestro Código (art. 900) declara nula tan sólo la sustitución, quedando la institución, en cambio, plenamente válida. La consideración que a la ley merece tal sustitución

ción es, pues, análoga a la que le merecen las condiciones ilícitas o imposibles que se reputan no escritas; todas las sustituciones, aun las de primer grado, se estiman no puestas, es decir, se cancela la obligación de conservar y de retransmitir impuesta al heredero.

Los requisitos de la sustitución fideicomisaria son tres, según la doctrina.

α) *Doble vocación.*—La hay cuando un mismo testador dispone dos veces de un mismo objeto (herencia o legado) mediante un doble llamamiento, uno directo, y el otro indirecto u oblicuo. El heredero es el llamado directamente, el sustituto fideicomisario el llamado indirectamente; este último, al adquirir los bienes después que el primer llamado ha sido heredero o legatario, no sustituye a éste (como ocurre en la sustitución vulgar), sino que le subsigue, recibiendo la herencia o el legado del sustituido, no del testador. El doble llamamiento debe referirse a un mismo objeto; no es, por tanto, fideicomisaria, y sí lícita, la institución de una persona en el usufructo y de otra en la propiedad, pues como el nudo propietario consolidará el usufructo a la muerte del usufructuario, los derechos a que uno y otro son llamados son diversos.

β) *Obligación de conservar y retransmitir.*—Precisa que al heredero o legatario se imponga la obligación de conservar para retransmitir, no como simple recomendación o consejo, y sí de un modo imperativo; es indiferente la formación o modo de expresar esta obligación; lo substancial es que dé a entender que el gravado con ella no puede enajenar (art. 899). Muchos creen que no entraña esta obligación el llamado fideicomiso de *residuo*, o sea la disposición por la que el testador sustituye al heredero o legatario nombrado por un tercero, limitadamente tan sólo a lo que pueda sobrar al primer llamado después de su muerte. Pero tal opinión no es admisible, porque si bien es cierto que en vida el instituido hubiera podido consumir todo cuanto le hubiera dejado el testador, también lo es que no puede dejar a otro que no sea el fideicomisario lo que queda después de muerto. Insistiremos más sobre este punto.

γ) *Orden sucesivo*.—El sustituto ha de adquirir la herencia o el legado en el momento de la muerte del primer llamado.

Esto implica que el heredero o legatario deben conservar los bienes hasta su muerte, momento en que aquéllos pasan al fideicomisario por sucesión *mortis causa*, porque éste es sucesor del instituído, no del testador. Esta es la noción exacta del *ordo successivus*, en el cual el momento en que para unos se extingue el goce de los bienes comenzando para otros, no es un momento cualquiera, sino el de su muerte. Si la disposición por la cual el heredero o legatario deben en un cierto día (transcurridos diez o veinte años) retransmitir los bienes a un tercero, debiera caracterizarse como fideicomisaria, no tendrían razón de ser las normas relativas a los términos a que se sujeta la herencia o el legado.

Habida cuenta de estos requisitos y de los sutiles artificios a que recurren los testadores para ocultar bajo una disposición válida una sustitución fideicomisaria, no es tarea fácil del Juez el indagar si en cada caso concreto una disposición aparentemente lícita contiene una sustitución prohibida (1).

Puede contenerla una sustitución condicional, singularmente, cuando la condición sólo puede verificarse con la muerte del instituído. Así, por ejemplo, la institución de heredero y sustitución por otro en el caso de que el primero muera sin hijos; pues en esta hipótesis se daría en el primer llamado la obligación de conservar y retransmitir hasta su muerte, oculta dicha obligación bajo la apariencia de una condición *si sine liberis decesserit* (2).

(1) Gabba en *Concetto della sostituzione fedecommissaria* (en *Nuove quest. dir. civ.*, páginas 32 y siguientes), trata muchas de las cuestiones prácticas a que da lugar el art. 895; por ejemplo: la de si es admisible el fideicomiso tácito; la significación de conservar y retransmitir; si puede ordenarse la retransmisión en vida del fiduciario; si la vocación del primer llamado puede ser condicionada suspensivamente; si la retransmisión del fideicomiso a la muerte del fiduciario puede ser condicionada suspensivamente; si la vocación del primer llamado puede ser condicionada resolutoriamente.

(2) Por la validez de ésta y en contra de la opinión corriente, pronúciase Venzi en *Pacifici. Ist.*, VI, pág. 833 y además vide Vita en *Giur. it.*, 1922, 1, 2, páginas 143 y siguientes; Cañero, *La condiz. si s. liberis dec. e il fedecommissio* (*Foro it.*, 1922, I, páginas 652 y siguientes).

La ley es tan rigurosa en esta prohibición, que nuestro Código veda incluso el usufructo sucesivo (art. 901), aun cuando en él no haya, ni pueda haberse verdadera sustitución fideicomisaria. El usufructo es, en efecto, un derecho personal que se extingue a la muerte de su titular, y no puede transmitirse a otros, siendo inconcebible en el primer usufructuario una obligación de conservar para retransmitir al segundo. Sólo por analogía con la sustitución fideicomisaria puede explicarse el precepto del artículo 901: «La disposición por la cual se deja el usufructo u otra anualidad a varias personas sucesivamente, es eficaz solamente en relación con el primer llamado al goce, a la muerte del testador». Tal prohibición es quizás excesiva (1). Dentro de ella no cae más que el usufructo (uso o habitación), dejados en *ordo successivus* en el sentido ya aplicado, o sea, cuando el segundo usufructuario sea llamado al goce a la muerte del primero; queda fuera de la prohibición el usufructo asignado a dos o más personas sucesivamente, sujeto a un término que no corresponde a la muerte del primer llamado (así, por ejemplo, dejo el usufructo a Cayo por los primeros diez años, y a Mevio, por el tiempo sucesivo hasta su muerte), y el usufructo conjuntivo en que se atribuye el goce a dos o más personas simultáneamente, de modo que el usufructo dure cuanto dure la vida del más longevo (2). Excepcionalmente quedan fuera de la prohibición las anualidades dejadas sucesivamente a personas de cierta condición o de determinadas familias que sean socorros a la indigencia, premios a la virtud o al mérito, o que respondan a fines de utilidad pública (art. 902); la alteza del fin justifica la excepción.

Se ha aludido ya antes al fideicomiso de *residuo*, o sea a la disposición por la que el testador ordena que el *quod superirit* del haz hereditario se transmita por el heredero a un tercero, designado por el propio testador. Se discute vivamente si en esta disposición se encierra un fideicomiso. En nuestra opinión, como

(1) En su defensa, en cambio, pronúnciase Venezian, *Legato di annualità successive* (en *Studi per Lilla* y en *Opere giur.*, II Roma, 1920).

(2) Filomusi, *L'usufrutto succ. e la sostituz. fedecomm.* (*Giur. it.*, 1878, páginas 17 y siguientes y en *Dir. ered.*, II, páginas 247 y siguientes); Veni en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 880, n. c.

ya dijimos, también hay aquí una institución prohibida, porque concurren los tres requisitos de éste: una institución y una sustitución sucesivas, un doble llamamiento, una limitación a la libre disponibilidad de los bienes por el heredero, el cual puede enajenarlos sin trabas por actos *inter vivos*, pero no transmitirlos del mismo modo *mortis causa*, pues el destinatario de tales bienes ha sido ya designado por el testador. Se objeta que para que haya sustitución fideicomisaria prohibida, no basta el orden sucesivo y el doble llamamiento, sino que ha de concurrir también la obligación de retransmitir y la de conservar, y que esta obligación no grava al heredero que puede enajenar libremente los bienes, y sólo los que queden a su muerte, escapan a su libre disposición. Pero, en realidad, si bien no hay limitación alguna para disponer *inter vivos*, la hay en cambio para la libertad testamentaria, y esta última limitación es bastante a justificar la prohibición del legado de residuo. Añádase, además, que se opone a lo dispuesto en el art. 835, con arreglo al cual, no puede remitirse a un tercero la fijación de la cuantía del legado, y además, la disposición del testador implica una restricción de la libertad del propietario; el fideicomiso de residuo, tiene, pues, un sentido contrario al espíritu de nuestra ley (1).

(1) Por la nulidad se inclinan Losana en *Dig. it.*, XXII, páginas 387 y siguientes; Cuturi, *Fedecommissi e sostituzioni*, pág. 185; Gabba en *Foro it.*, 1883, I, pág. 950; Venezian, *Usufrutto*, I, pág. 362. Vide también Vitali, *Fedecommissio de residuo*, Piacenza, 1889; Costa, *Il fedecommissio de residuo*, 1908. La jurisprudencia se inclina, en cambio, por la validez de la disposición.

§ 148.—*El legado*

Brugi, *Ist.*, §§ 99, 122; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 827; Chironi, *Ist.*, II, § 480; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 721, 722, 726-730, 733; Aubry y Rau, *Cours.* VII, §§ 714-723; Planiol, *Traité*, III, números 2.783 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, § 623-668 (1).

Concepto.—El concepto de legado es sencillo a primera vista, pero en realidad, es complejo y difícil; su naturaleza y estructura son objeto de discusión, especialmente en el Derecho romano; variable y discutida es también su definición. Esto deriva de la gran variedad de disposiciones que contienen la palabra legado; pues legado se llama a toda disposición que no atribuye la cualidad de heredero, o sea a toda disposición a título particular, cualquiera que sea su contenido, que constituya una disminución de la herencia, una disposición con cargo al heredero o a un tercero, una liberalidad, un lucro para el favorecido, o también una carga. Esta última acepción es muy discutida; se discute si es esencial al legado que represente una liberalidad en favor del legatario, como se desprende de la definición contenida en las fuentes romanas *Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta* (2); *legatum est donatio testamento relicta* (3). La discusión

(1) Para la doctrina de los legados véase en Derecho romano Arndts-Salkowski, *Dei legati e dei fedecommissi* (en *Glück Pandette*, trad. ital. de Ferrini, Milán, 1898-1901); Rosshirt, *Die Lehre von den Vermachtnissen nach. röm. Recht.*, 1835; Ferrini, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi sec. il dir. rom.*, Milán, 1889; *Sull'origine dei legati* (*Bull. ist. dir. rom.*, I, páginas 111 y siguientes); Fadda, *Dell'origine dei legati* (*Studi per Bologna*, 1888, páginas 163 y siguientes); Bonfante, *L'eredità e il suo rapporto coi legati nel dir. rom. e nel dir. mod.* (*Bull. ist. dir. rom.*, VII, páginas 151 y siguientes); Curusi, *Note intorno alla dottrina dei legati* (*St. e doc. di St. e dir.*, XVII, 1896); respectò al Derecho civil, Pacifici-Mazzoni, *Dei legati in generale e delle singole specie di legati*, 3.^a ed., Florencia, 1900; Gangi, *I legati nel dir. civ. it.*, Roma, 1908-1910; *Appunti sul pagamento dei legati* (*Riv. it. p. la Sc. giur.*, LI, 1911, páginas 123 y siguientes); Paolucci *Il legato* (en *Dir. prat. dir. priv.*).

(2) *Inst.*, § I, 2. 20

(3) Modestino, fr. 36. D. 31.

arranca de que pudiendo ocurrir que las cargas y gravámenes absorban toda la atribución patrimonial, se privaría en tal caso al legatario de todo beneficio; hay disposiciones que ni siquiera tienen la apariencia de una ventaja patrimonial y que constituyen una carga o gravamen para su destinatario. De aquí que algunos autores hayan llegado a negar que el carácter de liberalidad sea esencial al legado (1), contra la gran mayoría que lo define, un acto de liberalidad *mortis causa*. Pero aun prescindiendo de este carácter como no esencial, también en otros aspectos puede estimarse incorrecta la definición, que lo presenta como acto de disposición a título singular, pues si se tiene en cuenta que la atribución patrimonial puede ordenarse no con cargo a la herencia, sino con cargo a un tercero, y que puede legarse la cosa ajena o remitirse mediante el legado un débito del legatario a favor del testador u ordenarse al legatario una determinada acción, habrá que reconocer que en tales casos no hay atribución patrimonial, ni sucesión particular del legatario. De aquí que algunos sostengan que no puede definirse el legado de modo positivo y sí sólo negativamente, designando con tal nombre toda disposición testamentaria que no atribuye el *universum ius defuncti*, es decir, que no sea una institución de heredero.

Lo cierto es que el legado puede adoptar figuras diversas por regla general y prescindiendo de algunas que pueden considerarse como deformaciones del tipo normal, el legado es una disposición atributiva de un derecho particular a cargo de la herencia hecha con ánimo de beneficiar; mediante él se efectúa una liberalidad a causa de muerte y se produce una sucesión a título particular del beneficiado al causante. Son éstos los caracteres más generales y comunes que el Código tiene presentes al definir (artículos 759, 760, 827) y regular el legado (artículos 862-868).

Sujetos.—Para que haya un legado precisa el concurso de

(1) Windscheid, *Pand.*, III § 623, pág. 301, y Fadda, *Dir. ered. rom.*, I, páginas 53 y siguientes. Más ampliamente y en opuesto sentido relativamente al derecho justinianeo Messina Vitrano, *L'elemento della liberalità e la natura del legato nel dir. rom. class. e giust.* Palermo, 1914.

dos personas: el disponente y aquel a cuyo favor es hecha la disposición patrimonial (destinatario); puede y suele concurrir otra además, la que debe prestar el legado (gravado). La persona gravada es, por regla general, el heredero; si fuesen varios los herederos será gravado aquel de entre ellos que el testador hubiere designado (art. 869) o todos conjuntamente si a todos se hubiere impuesto tal carga. Puede ocurrir que habiendo varios herederos ninguno de ellos particularmente resulte gravado por el testador con el legado; aplicando el principio general que declara obligados a todos los herederos a soportar las cargas hereditarias, cada uno deberá satisfacer el legado proporcionalmente a la cuota que le corresponda (art. 868). Además, puesto que, como ya veremos, puede legarse la cosa propia del heredero, si los herederos son varios y sólo a uno de ellos pertenece la cosa legada, no se deducirá de ello que el legado se cargue exclusivamente al heredero propietario; en tal caso grava a todos, salvo una contraria y expresa voluntad del testador. Los demás coherederos están obligados a contribuir a abonar al propietario el valor de la cosa con dinero o con fondos hereditarios, proporcionalmente a la cuota de cada uno (art. 869). Puede un legatario resultar también gravado; en efecto, el pago del legado puede ser puesto a cargo del sucesor universal o del sucesor a título particular, esto es, de otro legatario.

La persona beneficiada es la que el testador hubiere designado, con tal de que sea persona cierta y capaz de recibir. Suele el legatario ser persona distinta del heredero; pero nada se opone a que el testador deje al heredero un objeto determinado que destaca de la masa hereditaria. En tal caso hay un *prelegado*, o sea un legado hecho al heredero. Parece esto a primera vista una verdadera anomalía, y lo era en el Derecho romano, donde originaba efectos muy extraños produciendo por aplicación lógica de los principios de la sucesión hereditaria consecuencias raras e insospechadas. El principio vigente fué que este legado, si se hacía al heredero único, era todo él nulo, y si se hacía a uno de entre varios coherederos era nulo sólo en la parte en que el legatario era heredero; la comúnmente señalada es que siendo el

heredero deudor del legado, no podía el heredero ser deudor de sí mismo; o más exactamente, que debiendo concurrir en el legado dos sujetos distintos (legatario beneficiado y heredero gravado), en este caso los dos sujetos se reducían a uno solo, se confundían en una persona única. O también que excluyendo el título de heredero todo otro no puede el heredero sustraer del haz, que es todo suyo, una cosa para dársela así mismo; por ello cuando haya un solo heredero todo el prelegado es nulo, y cuando hubieren varios sólo puede ser válido en la parte que corra a cargo de la cuota o cuotas de los demás coherederos. Esta especial situación que en Derecho romano se creaba por la especial configuración de la sucesión hereditaria y por la subordinación del legado a la herencia, que hacía posible el legado tan sólo en el caso de haber institución de heredero, no se da en el Derecho civil, en el que la herencia y el legado son dos formas de atribución patrimonial independientes entre sí, o, por lo menos, no se da con las anomalías que en el Derecho romano se producían. El Código no alude al prelegado, pero no por esto es imposible; lo cierto es que en nuestro derecho el prelegado no difiere del legado común, y como no es esencial que frente al legatario haya un heredero y son compatibles ambas condiciones en la misma persona, la consecuencia de ello será la validez total del prelegado. Lo cual prácticamente conduce al resultado siguiente: dispuesto un prelegado en favor de uno entre varios herederos y a cargo de todos éstos el heredero prelegatario obtendrá todo el legado, adquiriendo *iure legati* incluso la cuota con que resulta gravado, es decir, que además de la propia cuota hereditaria obtendrá todo el legado (1).

(1) Vide Buchholtz, *Die Lehre von den Prälegaten*. Iena, 1850; Kretschmar, *Die Natur des Prälegates nach röm. Recht*. Leipzig, 1874; Bernstejn, *Zur Lehre vom röm. ischen Voraus (Legatum per preceptionem)* (*Sav. Stift*, XV, 1894, páginas 26 y siguientes); Göppert, *Ueber den Grund der Regel: heredi a semet ipso inutiliter legatur*. Göttingen, 1893; Ferrioni, *Contributi alla dottrina del prelegato* (*Bull. ist. dir. rom.* VIII, páginas 1 y siguientes), y los notables y recientes trabajos de Scuto, *La teoria del prelegato nel dir. rom. con riguardo alle principali legisl. e al dir. civ. it.* Palermo, 1909, y de Gangi, *Brevi considerazioni sulla teoria del prelegato nel*

Objeto.—Puede ser objeto del legado una cosa o un hecho con tal que una u otro sean ciertos, lícitos y posibles. Es *cierta* la cosa cuando el testador la determina o fija los elementos para su determinación; no se puede remitir al arbitrio de un tercero la determinación de la cosa, porque el legado o la institución de heredero son disposiciones personales del testador (art. 835). Al tercero o al heredero puede demandarse la determinación específica de una cosa designada por el testador de un modo genérico, o la elección entre varias cosas indicadas por éste. Se puede legar una o varias cosas³ singulares o una universalidad de cosas; cosas corporales o incorporales, como un crédito; una cosa o derecho propios del testador, o una cosa propia del gravado con el legado o de un tercero. De las distintas especies de objetos se forman las diversas especies de legados y derivan las normas que el Código contiene. Recordaremos tan sólo las principales.

α) *Legato de cosa específica.*—El supuesto normal del legado es que la cosa figure en el patrimonio del testador en el momento de hacer testamento y en el de su muerte. En esta hipótesis el legatario adquiere inmediatamente la cosa en el momento de la muerte del testador, pasando la propiedad *recta via* de el difunto al legatario sin mediación del heredero, quien tan sólo está obligado a entregarla (art. 862). Es, por tanto, errónea la doctrina sostenida por algunas Cortes, según la cual el legado de cosa cierta y determinada perteneciente al testador en propiedad origina un derecho de crédito en el legatario, análogamente a lo que sucede en el legado de cantidad (1). Uno de dichos

dir. vigente (*Riv. it. p. lo sc. giur.* XLVII, 1910, pág. 315); Cicu en *Riv. dir. civ.*, III, 1911, páginas 136 y siguientes. Bonfante, *Il prelegato e la successione* (ib. VI, 1914, páginas 753 y siguientes, y en *Scritti giur.*, I, páginas 443 y siguientes).

(1) Así primeramente la Casación de Roma de 3 de Junio de 1913 (*Foro it.*, 1916, I, pág. 1.409) y la Casación de Turín de 3 de Enero de 1917 (*Foro it.*, 1917, I, pág. 275) y la Apelación de Turín de 25 de Abril de 1917 (*Foro it.*, 1918, I, pág. 82). Contra esta doctrina absolutamente insostenible se han pronunciado multitud de autores: Ascoli en *Riv. dir. civ.*, 1916, páginas 802 y siguientes. 1917, páginas 325 y 529; 1919, pág. 500; Chironi en *Foro it.*, 1917, I, páginas 1.050 y siguientes;

supuestos puede faltar, pero tal falta no genera siempre la nulidad o la ineficacia del legado. Si la cosa existía al tiempo de otorgarse el testamento, pero perece viviendo el testador, el legado es ineficaz (art. 893, primera parte).

Puede también dicho legado ser ineficaz si la cosa perece después de la muerte del testador; aplicando los principios generales de las obligaciones, tendremos que el legado será ineficaz si la cosa perece sin hecho o culpa del heredero; y lo mismo si la cosa pereció después de constituirse en mora el heredero, siempre que se pruebe que la cosa hubiera perecido igualmente si hubiera estado en poder del legatario (art. 893, segunda parte). Viceversa, la cosa puede formar parte del patrimonio del testador al tiempo de su muerte y no integrar dicho patrimonio al tiempo de hacer testamento; es el caso en que uno lega una cosa no propia que adquiere luego de haber hecho testamento. La disposición es válida, pues basta que la cosa pertenezca al disponente en el momento de su muerte (art. 837). De esto se desprende que si el testador dispone como propia de una cosa que figura en una cierta especie o género y tal cosa no se hallara en el patrimonio del disponente al tiempo de su muerte, el legado carece de eficacia (art. 841); podrá a lo sumo tener efecto por lo que figure en el patrimonio del testador, no por todo lo que éste hubiere dispuesto (art. 841).

β) *Legado de género*.—La cosa puede venir determinada en su género por haber indicado el testador su número, medida o cantidad. Debe tratarse de cosas muebles a las cuales son aplicables los conceptos de género y cantidad, no de inmuebles. Tal legado es válido aun cuando en el patrimonio del testador no se halle cosa alguna del género designado al tiempo de hacer testamento, ni al de morir el testador (art. 840). Si del género indicado hubieren en el patrimonio del testador varias cosas, la elec-

Losana, *ib.*, 1918, I, páginas 82 y siguientes; Solarri, *ib.*, páginas 36 y siguientes.

Aun en caso de aceptación de la herencia con beneficio de inventario se da el tránsito inmediato de la propiedad del difunto al legatario, como ha demostrado en forma nueva Piacentini, *Legati de proprietà e beneficio d'inventario* (*Riv. dir. civ.*, XIII, 1921, páginas 313 y siguientes).

ción corresponde ante todo al heredero, el cual no puede ofrecer la mejor ni la peor (art. 870). La elección puede encomendarse por el testador a un tercero, y también en este caso rige la norma que ordena elegir la cosa de la clase mediana calidad (artículo 871); y si el tercero se niega a elegir o no puede elegir por muerte u otro impedimento, hará la elección la autoridad judicial (art. 872). Puede, finalmente, encomendarse la elección al propio legatario; en tal caso éste puede elegir la mejor de las cosas de la herencia; si no hubiere, deberá elegirla de clase mediana (art. 873). El derecho de elección conferido al heredero o legatario se transmite a sus herederos; la elección, una vez hecha, es irrevocable. Cuando en el patrimonio del testador hubiere solamente una cosa del género indicado por él, no cabe derecho de elección; el legatario tiene derecho a esa cosa y el gravado con el legado no puede ofrecerle otra (art. 875).

γ) Una especie particular del anterior constituye el *legado de cosa a tomar de un cierto lugar*; trátase de cosa o de cantidad de un cierto género, género que se individualiza designando el lugar en que se hallan las cosas legadas. El legado es válido si las cosas legadas se hallan efectivamente en el lugar indicado y sólo es eficaz con respecto a las que se hallen en dicho lugar (artículo 842); y debe este legado interpretarse en el sentido de comprenderse en él las cosas de que, dados los hábitos del testador, debían haberse hallado en tal lugar aun cuando no se encuentren en él materialmente, excluyéndose, en cambio, las que accidentalmente se encontrasen en el lugar indicado si no fuese éste el correspondiente según los aludidos hábitos.

δ) *Legado alternativo*.—Es también válido el legado de una cosa entre varias determinadas o legado alternativo. Aplicando el principio recto en materia de obligaciones alternativas, el artículo 374 declara que cuando el testador nada hubiere dispuesto sobre la elección, se presume que ésta corresponde al heredero (que es el deudor del legado). El derecho de elección se pierde aunque el legado sea plenamente válido cuando sólo quedare una cosa (art. 894). Por lo demás, se aplican las normas propias del legado de género.

ε) *Legado de universalidad.*—Del mismo modo que pueden legarse una cosa o un derecho singulares, pueden legarse también conjuntos de cosas o de derechos, es decir, universalidades de hecho (una grey, una biblioteca) o de de derecho (el haz hereditario, la hacienda comercial). El legatario adquirirá dicho conjunto como lo halle en el patrimonio hereditario, aun cuando el conjunto se reduzca a una sola cosa.

ζ) *Legado de crédito.*—Del mismo modo que un crédito puede transmitirse a título particular por actos *inter vivos*, así también puede transmitirse mediante legado. Dejado al legatario el crédito que el testador tenía contra un tercero, dicho crédito pasa al legatario, quien sustituye (como en la cesión) al primitivo acreedor. Este legado sólo es eficaz por la parte del crédito que subsista al tiempo de morir el testador; el heredero no está obligado a garantizar al legatario la exigibilidad de dicho crédito, su única obligación es entregarle los títulos del crédito que se hallasen en poder del testador (art. 844). Una subespecie de este legado es el *legatum liberationis*, en que lo que se lega es un crédito del testador contra el legatario; esta disposición funciona como remisión de la deuda hecha por acto *mortis causa*. Puede concebirse también un legado de deuda cuando el testador legue a su acreedor lo que le debe; este legado tendrá valor práctico en el caso tan sólo de que mediante esta disposición el testador procure una ventaja al legatario, por ejemplo, convirtiendo en pura una deuda condicional o a término. Pero si el testador, sin hacer mención de su deuda, ordena un legado en favor de su acreedor (por ejemplo, el testador debe 100 a Ticio y lega 100 a éste sin aludir para nada al débito), según el artículo 845, el legado se presume hecho no para pagar la deuda, sino para efectuar una liberalidad.

η) *Legados anuales o periódicos.*—Puede legarse una prestación a realizar en años o períodos de tiempo más o menos largos, como una renta vitalicia o una pensión.

Las prestaciones anuales que deben reputarse intereses de un capital único serán debidas al legatario por la persona gravada con el legado en época de los vencimientos; comenzarán a devengarse desde el día de la muerte del testador (art. 266).

Para el cálculo de los períodos en que la prestación se distribuye (por ejemplo, años, meses), el término primero comienza desde la muerte del testador, y el legatario adquiere el derecho a toda la cantidad debida por el período en curso, aunque hubiese vivido solamente al principio del mismo. El legado no podrá, sin embargo, exigirse si no después de haber vencido el término. No está sujeto a esta norma el legado de alimentos que corresponde a esta categoría. Cuando el testador no fije la cuantía de dicho legado se fijará con arreglo a las necesidades del alimentado y a las posibilidades económicas del gravado con esta carga. Tal legado comprende subsistencia, vestido, habitación y las demás cosas necesarias mientras viva el legatario, pudiendo abarcar, según las circunstancias, lo relativo a su instrucción, que habrá de ser la correspondiente a su condición (art. 846).

6) *Legado de cosa ajena* (1).—La cosa legada puede no pertenecer al testador. Pero habrá que distinguir a quién de los extraños pertenece.

Si pertenece al propio legatario, el legado es nulo, pues no se puede atribuir al propietario la cosa que ya le pertenece. De aquí el precepto del art. 843: «Es nulo el legado de cosa que al tiempo de hacer testamento perteneciese en propiedad al legatario». Sin embargo, esta nulidad tiene un límite. La cosa puede pertenecer al legatario después, al tiempo de la muerte, no antes; en tal caso, el legatario que adquirió la cosa del testador o de otro sufrió (si la adquisición fué a título oneroso) un sacrificio patrimonial, y el legado puede reputarse tendente a compensar de este sacrificio; el legado de aquella cosa se transforma en legado de su valor económico; así que el legatario podrá reclamar el precio del heredero. Pero es supuesto necesario en tales casos que el legatario, para adquirir la cosa, haya desembolsado su precio, sufrido un sacrificio económico, es decir, que haya habido una adquisición a título oneroso. Si la adquisición se hubiere

(1) Chironi, *A proposito del legato di cosa propria dell'erede o del legatario* (en *Scritti per Moriani*, II, páginas 279 y siguientes); Scuto, *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui* (*Riv. dir. civ.*, VIII, 1916, páginas 17 y siguientes).

hecho a título gratuito, por ejemplo, por efecto de una donación, habría concurso de dos causas lucrativas: donación y legado, tal concurso extingue la obligación del heredero de abonar al legatario el valor de la cosa (1), pues la voluntad del testador carece de contenido práctico cuando el favorecido ha conseguido ya la misma cosa por título lucrativo distinto (art. 843) (2).

Cuando la cosa legada pertenezca al heredero o a la persona gravada con el legado, la disposición es plenamente válida; con ella disminuye el testador el beneficio del favorecido en lo que importa el valor económico de la cosa que no está en la herencia, pero que debe entregarse por el gravado a expensas de la herencia (art. 838).

Cuando la cosa pertenezca a un tercero, no puede decirse sin más que el legado sea nulo o válido. Lo decisivo es la consciencia del testador de que la cosa es ajena, y (para evitar dudas y averiguaciones difíciles) si expresó o no dicha circunstancia en la misma disposición. Entre el Derecho romano, que declaró válido este legado, y la legislación francesa, que lo declaró nulo, nuestro Código adopta una solución intermedia: el legado es válido si el testador sabía que la cosa era ajena y lo expresó así en el testamento. El heredero estará obligado a adquirir la cosa legada para entregarla al legatario o a pagar a éste su justo precio.

Puede ocurrir que la cosa legada no pertenezca toda ella al tercero porque una parte de la misma pertenezca al testador, al

(1) Cfr. § 6 *Inst.* 2. 20: *Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis ex testamento actione pretium consequi potest. Si vero ex causa lucrativa veluti ex donatione vel ex alia simili causa agere non potest, nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse.*

(2) Sobre el *concursum duarum causarum lucrativarum*, que es una causa especial de extinción de las obligaciones, y sobre su fundamento histórico racional en Derecho romano, vid. Sell. *Ueber die röm. rechtl. Aufhebungsart der Obligation durch concursus causarum lucrativarum*. Zürich, 1839; Schmiedt, *Erklärung der Rechtsverhältnisse über das Zusammentreffen zweier causas lucrativae* (*dahrbb. f. die Dogm.*, XX, páginas 411 y siguientes); Ferrini, *Sul concursus duarum causarum lucrativarum* (*Reud. Ist. Lom.*, 1891); Di Marzo, *Appunti sulla dottrina della causa lucrativa* (*Bull. ist. dir. rom.*, XV, páginas 91 y siguientes).

heredero o al legatario; el legado es válido en su totalidad si el testador quiso legar toda la cosa (art. 839) (1).

Modalidades.—También los legados pueden contener modalidades, y a diferencia de lo que ocurre en la institución de heredero, toda clase de modalidades, esto es, condiciones, modos y términos.

Pueden repetirse aquí las observaciones hechas a propósito de la institución de heredero (párr. 146) porque en general, y salvo las variedades que a continuación estudiaremos, rigen las mismas reglas.

La condición en el legado puede ser suspensiva o resolutoria, pues la disposición a título particular, condicionada resolutoria-mente, no contrasta con el principio de la perpetuidad del título hereditario. Vale también la norma que considera no puestas las condiciones imposibles e ilícitas (art. 849) y las que reputa contrarias a la ley, las de celibato o viudez (art. 850). Sin embargo, si un legado de usufructo, de uso de habitación, de pensión u otra prestación periódica hubiere sido hecho para el tiempo del celibato o de la viudez, el legado es válido (aun cuando entre testador y legatario no hubiere relación conyugal), y el legatario tendrá el goce durante su celibato o viudez (art. 850).

También pueden pōnerse términos iniciales o finales a los legados (art. 851). En cuanto al término, conviene notar que, si coinciden con la muerte del legatario o con la muerte de la persona gravada con el legado, de modo que en este momento el beneficio pase a otra persona, habría en tal caso una sustitución fideicomisaria larvada, que está prohibida. Hecho un legado bajo condición suspensiva o con término inicial, habrá que garantizar al favorecido la efectividad del legado, que podría *medio tempore* quedar destruída; por esto el heredero o legatario gravado con el legado puede ser constreñido por el favorecido a prestar caución u otra garantía bastante (art. 856) (2).

(1) Vide Venzi en Pacifici *Ist.*, VI, pág. 887, n. d.

(2) En cuanto al término incierto y a la regla romana, *Dies incertus in testamento condicionem facit*, por lo que el legado no es transmisible. Brunetti, *Il dies incertus nelle disp. testam.* Florencia, 1893; id., *Termine incerto nei testamenti* (en *Scritti giur.*, II, páginas 154 y siguientes).

Adquisición.—El modo como el legatario adquiere el legado es muy discutido por los autores. Declara el art. 862 que un legado puro y simple atribuye desde el día de la muerte del testador al legatario el derecho transmisible a sus herederos de obtener la cosa legada. Los más deducen de esto que el legado se adquiere *ipso iure* sin necesidad de aceptación ni siquiera de la aceptación que en la institución de heredero funciona como confirmación de la adquisición consumada por la ley. Sólo una declaración es concebible en el legatario y produce efectos: la renuncia al legado. Estiman otros que la regla de la herencia no varía para los legados, y que también para éstos se requiere la aceptación, así que, transcurridos treinta años desde la muerte del *de cuius* sin que el legatario hubiere aceptado, pierde éste su derecho. Debe seguirse la primera opinión, pues el alcance de artículo 862 es bien claro. El momento de la adquisición es el de la apertura de la sucesión: si el legado está sujeto a condición suspensiva, al verificarse éste es cuando se adquiere el legado; si el legatario muere antes de que la condición se cumpla, el legado es ineficaz (art. 890). La oposición de un término o de una condición que, según la intención del testador, sólo suspenda la ejecución, no impide que el legatario tenga un derecho adquirido y transmisible a sus herederos desde el momento de la muerte del *de cuius* (art. 854); lo que en tal caso se suspende no es la adquisición del derecho, sino la ejecución del mismo, es decir, la acción para demandarlo (art. 867).

La adquisición del legado determina en el favorecido con el nacimiento de un derecho de crédito contra el heredero o la persona gravada con el legado; pero cuando se trate de cosa determinada o de derecho sobre una cosa determinada que pertenezca al testador, produce además la transmisión de la propiedad o del derecho real. En virtud del crédito, el legatario tiene acción contra el gravado con el legado para constreñirle a que lo ejecute, a que realice la prestación, a que entregue la cosa legada. Pero aunque por tratarse de legado de cosa determinada la propiedad se transmita inmediatamente al legatario en virtud del testamento, dicho legado no tiene *ipso iure* la posesión de la cosa, porque

poseedor es solamente el heredero. El legatario puede pedir al heredero la posesión de la cosa legada (art. 863); no podría por sí solo tomar posesión de la cosa sin violar la relación posesoria del heredero.

La cosa legada debe entregarse al legatario con todos sus accesorios necesarios y en el estado en que se hallaba el día de la muerte del testador (art. 876). Cuando el legado sea de un inmueble, formarán parte de éste los adornos, construcciones y ampliaciones nuevas, sin que comprenda en cambio tal legado las adquisiciones con que—después de ordenado el legado—se aumente el inmueble, aunque se trate de aumentos contiguos (artículo 847). No corresponden tampoco al legatario *ipso iure* los frutos de la cosa o los intereses de la suma legada; debe reclamarlos al gravado con el legado, y se devengarán desde el día en que se dedujese la demanda o desde aquel en que el gravado con el legado hubiese prometido la prestación del mismo (artículo 864).

En dos casos solamente corresponden al legatario estos frutos e intereses desde el día de la muerte del testador: cuando el testador lo hubiere ordenado así expresamente o cuando el legado sea de un predio, de un capital o de otra cosa fructífera (artículo 865 (1)).

Si la cosa legada soportare el gravamen de un canon, de una renta fundiaria o de otra carga predial, el legatario habrá de soportar también dichos gravámenes o cargas. Si la cosa legada estuviese gravada con una renta simple, un censo u otra deuda de la herencia o de un tercero, el heredero vendrá obligado al pago de los intereses o anualidades y capital del débito, a no ser

(1) Para eliminar la aparente contradicción de los artículos 864 y 865 habrá que entender por «capital» un capital fructífero, esto es, que se emplea para que produzca (por ejemplo, concedido a mutuo con interés) por el propio testador; por «cosa fructífera» habrá que entender todo, bien que por su naturaleza o por el destino que el testador le hubiere dado, resultase productivo. Por tanto, el legado genérico de una suma de dinero no confiere al legatario derecho a los intereses desde el día de la muerte del testador y sí solamente desde el día en que se dedujo la demanda.

que el testador hubiere impuesto al legatario total o parcialmente dicha carga (art. 878).

Finalmente, todos los gastos ocurrientes a la prestación del legado corren a cargo de la herencia, salvo que el testador los hubiere impuesto al legatario.

Corren también a cargo del legatario el importe de la tasa o impuesto de sucesión por la cosa legada, aun cuando lo pague el heredero, quien tiene acción de reembolso contra el legatario (artículo 877).

§ 149.—*Revocación e ineficacia de las disposiciones testamentarias*

Brugi, *Ist.*, § 101; Pacifici, *Ist.*, VI, págs. 452, 870; Chironi, *Ist.*, II, §§ 479, 483; Zachariae, *Man.*, IV, §§ 734-737; Aubry y Rau, *Cours*, VII, §§ 724-727; Planiol, *Traité*, III, números 2.836 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, III, §§ 563-566, 638-641.

Conviene distinguir de un modo preciso los conceptos de revocación e ineficacia, y en este último concepto subdistinguir los de nulidad y caducidad de la disposición.

Revocación (I).—El testamento, como acto esencialmente revocable, puede revocarse por el testador total o parcialmente, y tan esencial es este carácter, que no puede renunciarse de la libertad de cambiar o revocar las disposiciones testamentarias (artículo 916). Puede revocarse todo el testamento en su conjunto o una o varias de sus disposiciones; la revocación se efectúa mediante un testamento posterior o mediante documento

(1) Vitali, *Della revoca nel concorso di più testamenti della stessa data* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, I, 1886, páginas 409 y siguientes); Messina-Vitrano, *Sulla dottrina romana della revoca tacita dei legati e fedecommissi*, Palermo, 1914; id., *Ancora sulla dottrina*, etc. (*Annali Fac. di Perugia*, 1919); idem, *L'alienazione della cosa legata o fedecommissa da Celso a Giustiniano* (*Ann. Fac. Perugia*, 1920); Albertario, *Sulla revoca tacita dei legati e fedecommissi*, Pav., 1919).

autorizado por un Notario en presencia de cuatro testigos que lo suscriben, en el que declara el testador personalmente su voluntad de revocar todo o parte del testamento anterior (art. 917). Cuando el documento testamentario se halle en poder del testador (como ocurre normalmente con el testamento ológrafo), la revocación suele tener lugar con la destrucción de dicho documento. Si el testamento ológrafo se hubiere confiado en depósito a un Notario, o si se trata de testamento secreto, la ley no obliga a hacer nuevo testamento o a redactar documento formal de revocación para que aquél sea ineficaz; autoriza al testador para retirar el documento del poder del Notario, previo levantamiento de acta de restitución en la que intervendrá para mayor garantía el pretor del distrito (art. 922).

Cuando la revocación se verifique mediante testamento posterior, sólo el último será eficaz, dejando de serlo los anteriores. Pero el testamento nulo no puede revocar un testamento anterior válido (art. 918), y viceversa, si mediante un testamento posterior se revoca otro anterior, la revocación es plenamente eficaz aun cuando el testamento posterior caduque, es decir, no se ejecute por haber premuerto el heredero instituído o el legatario o por ser éstos incapaces o por renunciar a la herencia y al legado (art. 921).

La revocación puede ser *expresa y tácita*; es tácita, además de en el caso de destrucción del documento, siempre que una disposición posterior contraste por incompatibilidad con otra anterior. Pueden coexistir varios testamentos mientras no sean incompatibles sus disposiciones; cuando hubiere incompatibilidad, prevalecerá la última, tal vez porque el testamento es expresión de última voluntad. De aquí la norma del art. 920, por la que el testamento posterior que no revoca de modo expreso los precedentes, anula de éstos sólo aquellas de sus disposiciones que fuesen contrarias a las nuevas o incompatibles con ellas. Revocada la disposición, no puede ésta revivir sino mediante manifestación idónea de voluntad, es decir, mediante un nuevo testamento (art. 919); no basta el retirar o anular el documento revocatorio anterior; en otros términos, la revocación de

la revocación no hace revivir el primitivo testamento (1). En cuanto a los legados, vale como revocación tácita de los mismos, la enajenación hecha por el testador del todo o parte de la cosa legada, aunque sea con pacto de retro; la enajenación implica revocación del legado aunque la enajenación sea nula o la cosa vendida reingrese en el patrimonio del testador (art. 892). Equivale a una enajenación e implica también revocación, la transformación de la cosa legada hecha por el testador de modo que pierda su anterior forma y correspondiente denominación.

Además de por voluntad expresa o tácita del testador, la revocación puede tener lugar legalmente, es decir, cuando interpretando la ley la voluntad del testador la sustituye, por estimar que el propio testador habría en el caso dado revocado la disposición.

Estos casos de revocación legal son dos, y se refieren a la existencia de hijos del testador que éste no hubiera tenido en cuenta en el testamento, es decir, existencia de hijos ignorados por el testador o superveniencia de hijos posteriormente al otorgamiento del testamento.

La ley parte del supuesto de que si el testador hubiese sabido tener hijos o hubiese previsto que los tendría, no habría dispuesto en favor de extraños o solo de los hijos que tenía o sabía tener, sino que habría tenido en cuenta también al hijo ignorado o sobrevenido. Ahora bien, como no es posible establecer ni siquiera por presunciones en qué medida lo habría favorecido, y como se debe presumir, por otra parte, que no habría limitado la disposición a la cuota de reserva, la ley declara ineficaz todo el testamento y revoca éste basándose en la presunta voluntad del testador. «Las disposiciones a título universal o particular hechas por quien al tiempo de otorgar el testamento no tenía o ignoraba tener hijos o descendientes, quedan revocadas de derecho por la existencia de un hijo o descendiente legítimo del testador, aunque sea póstumo, legitimado o adoptivo. Lo mismo

(1) Tampoco bastaría una disposición que contuviere una simple alusión al testamento revocado, para hacer revivir éste. Ascoli, en *Riv dir. civ.*, XV, 1923, pág. 185.

ocurre cuando el hijo estuviese concebido al tiempo de otorgarse el testamento y cuando se trata de hijo natural legitimado que hubiese sido reconocido por el testador antes de hacer testamento y legitimado después de éste» (art. 888). Es conforme al espíritu de la norma, que si el testador hubiese previsto el caso que existiesen o sobreviviesen otros hijos, no tenga lugar la revocación (art. 888). Responde también a los principios generales el otro precepto del art. 889 de que si los hijos o descendientes sobrevenidos premueren al testador, no se revoque la disposición (1).

Nulidad.—Hay nulidad en sentido estricto cuando todo el testamento o una de sus disposiciones no es válido por falta de un requisito esencial o por inobservancia de una norma inderogable. Nulo es el testamento que no se hace en forma escrita o que aun siendo escrito carece de las solemnidades prescritas, es nulo también cuando el testador es incapaz. De aquí deriva que el testamento posterior nulo, como es ineficaz, tampoco pueda revocar el testamento anterior (art. 918). Además de la nulidad hay la anulabilidad o rescindibilidad de la disposición por vicios que la afecten (por ejemplo, un vicio de voluntad) o por inobservancia de un precepto que no genera cuando es infringido la nulidad del acto, pero que confiere al interesado una acción de impugnación del mismo. A estas causas hay que añadir aquellas por las que una disposición está sujeta a la acción de reducción. Para sanar el vicio y producir la pérdida del derecho de impugnación, se dan la confirmación, la ratificación, el cumplimiento voluntario por los herederos después de muerto el testador (artículo 1.311).

Caducidad.—Caducidad es la ineficacia de una disposición testamentaria por causa sobrevenida: trátase de un obstáculo que no existía al tiempo de otorgarse el testamento, pero que sobreviene; de modo que mientras la disposición es válida en sí, por causa de dicho obstáculo resulta ineficaz. Estos obstáculos son aquellos que de existir al tiempo de hacerse la disposición,

(1) Ascoli, *La revoca delle disp. testam. per sopravven. di figli* (*Riv. dir. civ.*, I, 1909, páginas 12 y siguientes).

hubieran determinado su nulidad o hechos de diverso carácter. Son dignos de mención aquí la premoriencia sobrevénida del favorecido al testador o su comoriencia, la ausencia, la renuncia, el incumplimiento de la condición suspensiva o la indignidad del llamado o el no llegar éste a existir. Sintéticamente, aunque de modo incompleto, declara el Código en su art. 890: «Toda disposición testamentaria es ineficaz si el favorecido con ella no sobrevive al testador o es incapaz», y en el art. 891: «La disposición testamentaria caduca relativamente al heredero o al legatario que renuncia a ella».

Pero en los casos de premoriencia, ausencia e indignidad, la ley sienta una excepción al principio de caducidad admitiendo el derecho de representación en favor de los descendientes del heredero o del legatario premuerto, ausente o indigno. En efecto, el art. 890 dispone: «Los descendientes del heredero o legatario premuerto o incapaz adquieren la herencia o el legado en los casos en que se admitiría la representación en su favor si se tratase de sucesión intestada, a no ser que el testador hubiese ordenado indistintamente, o que se trate de un legado de usufructo o de otro derecho de carácter personal».

Con esto el derecho de representación, que es institución propia de la sucesión legítima, se trasplanta al campo de la sucesión testamentaria contra la tradición histórica (con arreglo a la cual la representación sólo se aplica en la sucesión *abintestato*) y violentando un poco la voluntad del testador. En efecto, si en la sucesión legítima es lógico que los hijos o ulteriores descendientes del premuerto ausente o indigno sucedan en lugar de éstos por ser como es igual el afecto que el difunto profesó a sus hijos que el que profesaba a los descendientes de éstos, en la sucesión testamentaria el testador dispone en favor del instituido, y si hubiera querido favorecer a los descendientes ulteriores los habría tenido en cuenta en su testamento; al omitirles es dudoso por lo menos si el testador habría querido favorecerles en defecto del instituido. Sin embargo, la ley ha creído oportuno presumir tal voluntad admitiendo que el testador pueda evitar los efectos de dicha presunción excluyéndolos expresamente.

Hay entablada viva discusión sobre los límites de la representación en la sucesión testamentaria. En la sucesión legítima la representación sólo tiene lugar en el caso de herencia; en la testamentaria se aplica también a los legados. Pero no ciertamente a cualquier heredero o legatario; debe siempre darse el requisito esencial de la representación: que el heredero o legatario sea hijo, hermano o hermana del testador. Si fuese pariente de éste en otro grado, o si fuese un extraño, sus descendientes podrían reclamar por sí la herencia o el legado. No se requieren más condiciones; no se requieren las que son supuesto necesario de la representación en la sucesión *ab intestato*, como la falta de otros parientes más próximos o la igualdad de las cuotas (1).

§ 150. — *Ejecutores testamentarios*

Brugi, *Ist.*, § 100; Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 480; Chironi, *Ist.*, II, pág. 478; Zachariae, *Man.*, IV, § 725; Planiol, *Traité*, III, números 2.813 y siguientes (2).

Para asegurar el respeto a la voluntad del difunto y para eliminar o disminuir los litigios entre herederos, legatarios y demás beneficiados por el testador, aparece la institución de los ejecutores testamentarios, de personas en las que el testador deposita

(1) Vide Buviva, *Interpret. dell'art. 890*, Torino, 1873; De Crescenzo, *Consid. sul capr. dell'art. 890, C. civ. it.* (*Atti R. Acc. di Napoli*, XXIII, 1889); Basile, *La rappresent. nelle success. test.* (*Arch. Giur.*, 1901, páginas 101, 226 y siguientes); Porrini *Il dir. di rappresent. testam. nella linea collaterale* (*Foro it.*, 1919, I, páginas 591 y siguientes); Pescatore, *Sull'art. 890* (en *Filos e dottrine giur.*, I, pág. 195); Diena, *Studi sull'art. 890* (*Arch. Giur.*, XVII); Porro, *Studi sull'art. 890*, Turin. 1885; Scialoja, *La devoluzione legittima dell'eredita in caso di caducita del test.* (en *Studi per Fadda*, III); Melucci, *L'antinomia degli artículos 765 e 766, col. cpr. dell'art. 890 C. civ. it.*, (en *Studi per Fadda*, III); Bozzo, *Interpret. del cpo. del art. 890 C. c.* (*Filang.*, 1908, páginas 241 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist.*, VI, pág. 471.

(2) Es muy abundante la bibliografía, singularmente en lo concerniente a los orígenes históricos de la institución: Scholz, *über Testamentsvollzieher besonders in Anwendung auf das Geschäftsleben*, Altenburg, 1841;

su plena confianza y a quien encomienda el encargo de ejecutar o cumplir su voluntad y el de velar por que ésta sea respetada.

Los orígenes de esta institución desconocida en el Derecho romano y columbrada tan sólo en el derecho justiniano deben buscarse en la alta Edad Media. El problema histórico es aún hoy objeto de discusión, como lo son también la construcción dogmática y la justificación teórica de los poderes conferidos al ejecutor testamentario. Hay quien ve en éste un representante del heredero, otros un representante de los legatarios y acreedores de la herencia, otros un representante de la herencia concedida como un patrimonio autónomo. Los más creen que el representado es el propio testador de quien el encargo procede y cuya voluntad debe cumplirse. La fuente de esta representación suele estimarse un mandato, pero el mandato como acto *inter vivos* y bilateral es incompatible con el testamento, que es acto unilateral y *mortis causa*; por ello se recurre a la figura del *mandatum post mortem* o a la idea de un mandato *sui generis* para explicar la anomalía de que mientras el mandato ordinario cesa a la muerte del mandante, éste surge, nace en tal momento; de que mientras en aquél el vínculo se origina por el consentimiento, en éste se origina en dos declaraciones unilaterales de voluntad separadas (testamento y aceptación); que mientras el mandato es revocable y al transferirse al heredero los derechos del

Sturio, *Die Lehre von den Testaments. vollziehern nach. gem. u. preuss. Rechte* (Sahrbb

hal, *Die rechtliche natur der Testaments. execution*, Breslau, 1883; Rosshirt, *über Testaments. executoren* (*Zeitschr. für civil. u. Crim. R.*, II, pág. 217);

Beseler, *Von den Testaments. vollziehern* (*Zeitschr. für den. Recht.* IX. pági-
nas 114 y siguientes); Lissauer, *Die juristische Natur des Testaments. volls-*

treckers, Erlanger, 1896; Le Fort, *Des exécuteurs testamentaires*, Genève, 1878; Auffroy, *L'évolution du testament. en France*, París, 1899; Caillem-

mer, *Études sur les successions au moyen age.*, Lyon, 1901; Monferrato, *Επελεροτικων διασηων*, Athenais, 1911; Vitali, *L'esecuzione testamentaria*

nel dir. civ. it., Piacenza. 1898; Roberti, *Le origini dell'esecutore testamentario nella storia del dir. it* (*Studi ec. giur. della Facoltà di Cagliari*, V, 2,

1913, páginas 5 y siguientes); Sacchi Lodispoto, *L'esecuzione testamentaria nel dir. rom. barbarico* (*Studi per Fadda*, V, páginas 311 y siguientes);

Messineo, *Contrib. alla dottrina dell'esecuz. testam.*, Roma, 1923.

difunto se transfiera también la facultad de revocar, en la institución que nos ocupa esta facultad no puede ejercitarse, etc. No faltan autores que, recurriendo al concepto del mandato, sostienen que se trata de un mandato sin representación; otros, que conciben la función del ejecutor como la de un curador especial; otros, que construyen dogmáticamente la figura como una función de derecho privado, esto es, como una función ejercida en nombre propio, aunque en interés ajeno.

En realidad la doctrina que mejor responde a la naturaleza de las cosas es la que considera el ejecutor testamentario como un representante del testador. Para buscar el origen de esta representación no es preciso recurrir a la figura del mandato (cuya aplicación aquí es imposible a no ser por vía de analogía o semejanza). Así como el testamento puede contener las más varias disposiciones de carácter patrimonial y no patrimonial, asignaciones de bienes propios y ajenos, constitución de derechos reales, creación de relaciones familiares y determinaciones relativas a la persona del disponente, a su cadáver, a las creaciones de su espíritu, a sus relaciones de orden moral y religioso, etcétera, así también puede contener un encargo que por ser afín o análogo en muchos de sus aspectos a la figura contractual del mandato, es un mandato. La relación se constituye, no contractualmente, sino con sujeción a los principios que presiden la sucesión *mortis causa*, especialmente la testamentaria.

El testador puede nombrar uno o más ejecutores testamentarios (art. 903); por regla general los elegirá entre las personas extrañas a la sucesión como garantía de imparcialidad y consiguientemente del mejor desempeño de la función; sin embargo, nada se opone a que pueda nombrar ejecutor a uso de los herederos o legatarios; ambas condiciones de favorecido y de ejecutor serán independientes, y como una y otra sólo voluntariamente se adquieren, puede muy bien el llamado a la herencia o al legado, asumir la condición de heredero o legatario y rechazar la de ejecutor o a la inversa, a no ser que el testador condicionase una cualidad a la otra.

Como oficio que autoriza a celebrar actos de administración

y aun de disposición, la ejecución testamentaria sólo puede encomendarse a persona *capaz*; son, por tanto, incapaces para dicho cargo, los menores de edad, quienes ni con autorización del padre o del tutor, pueden asumir tal cargo (art. 905); también lo serán los interdictos por efecto de una pena o por enfermedad mental; aunque el menor emancipado y el inhabilitado gozan de una capacidad limitada, tampoco pueden ejercer dicho cargo, pues la ley, con fórmula amplia, prohíbe asumir éste a todos los que no puedan contraer obligaciones, exigiendo en el ejecutor una capacidad plena. Como poder que deriva del difunto y que tiene su causa jurídica en la muerte del causante, su nombramiento debe ser contenido en el *testamento*, sin que pueda hacerse por un *acto inter-vivos*. Como oficio privado que es, se asume espontáneamente y es libre y gratuito; *libre*, porque el ejecutor puede rechazar el nombramiento, aunque sea heredero o legatario; una vez aceptado, no puede abandonar las funciones que tal cargo lleva anejas sin justa causa, incurriendo en otro caso en responsabilidades análogas a las del mandatario que renuncia al mandato con perjuicio para el mandante (art. 1.761); *gratuito*, porque de derecho no le corresponde percibir emolumento alguno por la función que desempeña, y sí sólo el reintegro de los gastos hechos con ocasión del inventario y de la rendición de cuentas y de aquéllos que hubiere realizado por ser indispensables al ejercicio de sus funciones, gastos éstos que corren a cargo de la herencia (art. 911); deberá serle abonada retribución en el caso en que el testador se la hubiere expresamente señalado. Finalmente, por ser un oficio estrictamente personal, es intransmisible e indivisible; si el ejecutor muere, el cargo no se transfiere a sus herederos (art. 909); tampoco puede delegar en otro, salvo siempre la facultad de servirse de la competencia técnica o del auxilio de un tercero, subordinado o dependiente, que será extraño a la relación de ejecución testamentaria. Si los ejecutores fuesen varios, todos ellos deberán concurrir en la administración y gestión propias del cargo; cada ejecutor puede, cuando los demás estén impedidos o descuiden el cumplimiento de sus deberes, obrar por sí sólo como investido de poderes plenos, con

la consecuencia de ser todos solidariamente responsables respecto a la cuenta del patrimonio mobiliario que el testador les hubiere confiado (art. 910). En todos los demás casos debe admitirse la responsabilidad personal y separada de cada uno especialmente cuando el testador hubiese distribuído entre varios las diversas funciones asignando a cada uno su respectiva misión; en tal hipótesis los demás no podrían ingerirse en la esfera de acción atribuída a un ejecutor (art. 910).

El mayor o menor número de atribuciones del ejecutor depende de la voluntad del testador, por esto habrá que recurrir al testamento para fijar los límites de los poderes. En su defecto, se aplicarán las normas (supletorias) contenidas en la ley. Induciendo de ellas la idea general que las preside, puede decirse que la función del ejecutor consiste en administrar los bienes hereditarios, vigilar su conservación y custodia, realizar la parte de los mismos que precise para cumplir la voluntad del difunto, satisfacer los legados, proveer a los gastos necesarios para conservar los bienes y derechos hereditarios y para ejecutar el testamento. Como se ve, se trata de poderes distintos y crecientes, ya que se va de la administración a la disposición de los bienes.

Pero no siempre a los poderes de vigilancia y gestión acompañan los de disposición. Precisa a este respecto distinguir según que el testador hubiere o no atribuído la posesión de los bienes.

La ley permite al testador transmitir al ejecutor la posesión inmediata de todo el patrimonio mobiliario (art. 906) para asegurar así mejor el cumplimiento de su voluntad, el pago de los legados y gastos hereditarios, etc. En cambio, no puede transferir al ejecutor la posesión de los inmuebles por su mayor importancia; la misma posesión de los bienes muebles que le es transmitida, está sujeta a límites de tiempo: no puede durar más de un año, contado desde la muerte del causante (art. 906). Cuando se transfiere la posesión podrá hablarse de poderes de disposición del ejecutor limitados al fin que se ha dicho, esto es, al pago de los legados, de los gastos hechos para ejecutar el testamento, etcétera; los mismos poderes de administración son más amplios

cuando la posesión se transfiere que cuando no se transfiere. Esta posesión que la ley llama «inmediata», queriendo significar «real», es independiente y directa y no destruye la posesión de derecho, legítima que corresponde a los herederos sobre los bienes hereditarios; el precepto del art. 906 no se opone al del artículo 925, sino que crea al lado de la posesión de derecho y *nomine proprio* de los herederos una posesión de hecho y *nomine alieno* del ejecutor, al lado de la posesión legítima de aquéllos, una posesión natural de éste, es decir, que aparecen dos posesiones subordinadas, teniendo cada una distinta finalidad y protección diversa; así los herederos pueden (aun sin detentar las cosas), accionar contra los terceros y el ejecutor que es mero detentor y carece de *animus domini* puede realizar actos dispositivos. Es, pues, la posesión del ejecutor una posesión natural compatible con la posesión de derecho de los herederos y que vence a ésta en cierto modo, ya por ir acompañada del poder de enajenación, ya porque puede adquirirse directamente, pues el ejecutor puede efectuar la inmisión sin pedir autorización a los herederos. Por otra parte, dada la finalidad que tal posesión persigue, no puede ésta ser duradera (cesando al año), ni aun conservarse por todo el año, si antes de transcurrir éste los herederos hacen inútil tal posesión por cumplir ellos mismos lo querido por el testador; en efecto, los herederos pueden hacer cesar dicha posesión entregando al ejecutor una cantidad de dinero suficiente para el pago de los legados mobiliarios o justificando que fueron éstos satisfechos o prestando las oportunas garantías que aseguren el pago de los mismos del modo y en el tiempo queridos por el testador (art. 907).

Acompañe o no la posesión al encargo de la ejecución, las obligaciones fundamentales y específicas del ejecutor se pueden resumir de este modo:

a) Ante todo debe sellar los bienes hereditarios cuando entre los herederos los haya menores, interdictos, ausentes o personas morales.

b) Haya o no entre los llamados personas incapaces, debe proveer a la formación de inventario que se formará a presencia del heredero presunto o después de haberlo citado debidamente

(artículo 908), sin que el testador pueda dispensarlo de dicha obligación.

c) Debe cuidar de que el testamento se cumpla, de hacerlo publicar por los modos legales y de asegurar la efectividad de la voluntad en él contenida; tiene la facultad, no el deber, de sostener la validez del testamento, interviniendo en los juicios en que se impugne.

d) Debe proveer al pago de los legados y de los demás gastos originados por la sucesión con las cosas y el dinero que se hallen en el haz hereditario. Cuando en éste no se halle dinero suficiente, deberá pedir autorización a la autoridad judicial para proceder a la venta de los bienes muebles en cantidad suficiente a tal fin y cuando los herederos no hubieren consentido previamente dicha enajenación (art. 908; párr. 2.º).

e) En lo necesario a tal fin o dentro de los límites marcados por el testador, debe administrar con la diligencia de un buen padre de familia los bienes hereditarios, limitando su actuación a los actos meramente consecutivos o de mera gestión ordinaria; no podrá, por ejemplo, ejecutar a los deudores de la herencia en más de lo que precise para pagar los legados y los gastos sucesorios; tampoco podrá pagar las deudas hereditarias, porque esto corresponde a los herederos y es propio de la división.

f) Debe, finalmente, rendir cuentas de la administración al transcurrir un año desde su muerte (art. 908), con responsabilidad separada y personal de cada uno si son varios los ejecutores designados que aceptaron el cargo con responsabilidad solidaria de todos ellos si les fué transmitida la posesión de los bienes muebles (art. 910) y también en este caso con responsabilidad personal, si el testador asignó a cada uno determinada función y se mantuvieron en los límites de la misma.

La relación de ejecución testamentaria se extingue por la extinción de las funciones y como el límite máximo de un año se refiere únicamente a la posesión, puede el cargo durar más de un año. Dicho cargo cesa con la muerte del ejecutor porque su oficio es personal e intransmisible. Puede cesar por remoción, cuando respondiendo mal el ejecutor a la confianza del testador

o administrando mal, provoca el ejercicio por los herederos de la acción judicial y como consecuencia, una providencia del Juez, separándole de su cargo y ordenando se presten las oportunas garantías que aseguren los derechos de los legatarios y demás interesados (1).

FIN DEL VOLUMEN SEGUNDO

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—En el Código civil español la institución de heredero tiene lugar independientemente de la denominación que dé el testador a sus disposiciones (artículos 659, 660, 668 y 768). La institución no es elemento esencial del testamento que, aun sin ella, tiene validez y puede ser parcial siendo compatibles las sucesiones testamentaria y abintestato (art. 764 y números 2.º, 3.º y 4.º del 912). Véanse también, en cuanto a requisitos de la institución, los artículos 763, 670, 671 y 750.

En cuanto a condiciones que pueden afectar la institución de heredero, véanse artículos 790 (posibilidad de instituir bajo condición, 791 (aplicabilidad del régimen de las obligaciones condicionales), 759 y 799 (efectos de las condiciones; nótese la contradicción entre el contenido de estos dos artículos, que los autores Clemente de Diego, Castán, explican considerando el art. 799 como una copia descuidada y errónea de los artículos 1,041 del Código francés y 854 del italiano que a la institución con condición suspensiva se refieren, a la institución a término incierto en la que aun ignorándose cuando el día ha de llegar forzosamente). Artículos 802, 803 y 804 y 1.120, 1.123, 795, 800, 801, 796, 798 (más afectos de la suspensión).

Las imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa (art. 792).

En nuestro Código civil es válida la institución desde o hasta cierto día (art. 805). La institución *sub modo* resulta acogida en el art. 797 del Código civil.

Sustitución vulgar.—Del art. 774 del Código civil español resulta ser la designación de segundo o ulteriores herederos para el caso de que la persona o personas primeramente instituídas mueran antes que el testador o no quieran o no puedan aceptar la herencia. Pupilar, la que pueden ordenar los padres y demás ascendientes designando sustituto a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad (art. 755).

Ejemplar o cuasi pupilar, la que puede ordenar cualquier ascendiente nombrando sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental (artículo 776).

Sustitución fideicomisaria, aquella en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y trasmita a un tercero el todo o parte de la herencia. Para que la sustitución fideicomisaria sea válida no ha de pasar del se-

gundo grado o ha de hacerse en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (art. 781). Los llamamientos a esta sustitución han de ser expresos (art. 783). Nunca podrán gravar la legítima, y si recaen sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes (art. 782).

Legados.—Legatario es el que sucede a título particular (art. 660). En cuanto a sus elementos, véanse artículos 858, 859 y 865. En cuanto a sus clases, especie, género, cantidad, alternativo, de cosa propia o ajena, empeñada gravada o sujeta a usufructo, uso o habitación, de crédito, de perdón o liberación, de deuda, de alimentos, educación, pensión, puros, condicionales y a término, modal, causal, etc., véanse artículos 882, 883, 884, 874, 875, 876, 877, 867, 868, 870, 871, 872, 873, 879, 880, 881, 790, 805, 797, 798 y 767.