

LA REVISTA NUEVA

PUBLICACIÓN MENSUAL

AÑO II

MONTEVIDEO, MARZO 20 DE 1903

Núm. 3

CURSO DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

POR EL

DOCTOR DUVIMOSO TERRA

Elementos constitutivos del contrato

§ 2.º — DE LA CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES

SUMARIO — División de la materia—Incapacidad absoluta y relativa—Necesidad de la distinción entre la capacidad de derecho y la capacidad para la comisión de actos jurídicos—Fundamento de la división entre capacidad absoluta y relativa—Consideraciones generales—Falta de edad—Imposibilidad de una determinación precisa—Necesidad de recurrir á lo arbitrario—Medios establecidos para atemperar las malas conveniencias de esa medida por otra parte necesaria—Enajenación mental—Fundamento de esta causa de incapacidad—Cuestión á que da lugar—Indemnización de los daños causados por el demente—¿quién responde en caso de que no haya negligencia por parte del curador?—Intervalos lúcidos—Su determinación—¿Los actos cometidos durante ellos producen efectos jurídicos?—Estado patológico del agente—Menor adulto—Razón porque la ley no lo considera absolutamente incapaz—De la mujer casada—Cuestión á que da lugar la prescripción legal que la declara incapaz—Opinión del Ministro Pizanelli—Refutación de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil Italiano—Nuestra opinión—De otras causas de incapacidad—El mandatario; tutor; curador; etc.—Fundamento de ellas.

I

Nuestro Código al ocuparse de esta materia en los cuatro artículos desde el 1252 al 1255 inclusive, establece que: puede contratar toda persona que no estuviere declarada incapaz por la ley, y que esa incapacidad puede ser absoluta ó relativa.

¿Quiénes son esas personas, absoluta ó relativamente incapaces? ¿cuáles son los diferentes efectos que sus actos pueden tener?

Ante todo es necesario distinguir la *incapacidad de derecho* de la incapacidad para la comisión de actos jurídicos, esto es, ya se considere al hombre como *sujeto* ó como *agente* del derecho.

El hombre desde el primer momento de su existencia tiene la capacidad de derecho, vale decir, puede adquirir, necesariamente adquiere, tales como el derecho á la vida que la ley penal le garante tan eficazmente como puede; en las relaciones civiles los tiene, que no por estar subordinados al hecho del nacimiento en condiciones de vida, dejan de ser menos considerados y garantidos por la ley.

No sucede así tratándose de la capacidad para la comisión de actos jurídicos: para reconocerlos no le basta á la ley que el individuo exista, es necesario que exista en ciertas condiciones. Desde luego, en condiciones de ser libre. En el sentido jurídico y aun filosófico de la palabra, no lo es el hombre sino después de cierta edad: en ninguna edad lo es el hombre perturbado en sus facultades intelectuales; y, por consiguiente, ya tenemos dos causas de incapacidad para la comisión de actos jurídicos:

1. Falta de edad.
2. Enajenación mental.

No son estas las únicas, aunque sean las principales. La ley no considera al hombre tan sólo como individuo: le considera también como miembro de la colectividad social y de aquí que vea también por los intereses de esa colectividad, y, en consecuencia, por los de las instituciones que ella hace necesarias.

Es de interés de la institución del matrimonio que el esposo sea el único jefe en la familia y en los bienes de la familia, y de ahí que la ley imponga á la mujer obediencia á su marido, y de ahí también que la declare incapaz para obligarse sin el consentimiento de éste.

Análogas razones de interés social se aducen para fundar

la incapacidad del comerciante fallido y de los representantes legales ó particulares, tratándose de ciertos actos y en lo que tengan relación con sus representados. Al considerar en detalle estos puntos, analizaremos si esas razones son fundadas.

Por el momento podemos ya establecer la siguiente diferencia radical entre las causas de incapacidad:

Causas fundadas en las condiciones subjetivas de las personas—falta de edad,—dementia,—y causas fundadas en ciertos estados de la persona estado de mujer casada y de comerciante fallido.

Hecha esta división, ya se comprende porqué la ley distingue entre incapacidad absoluta y relativa. El menor impúber y el demente, privados de discernimiento por lo mismo que carecen del ejercicio de sus facultades, se hallan en la imposibilidad de cometer actos jurídicos. De ahí que la ley los declare absolutamente incapaces; de ahí que los actos que cometan se consideren como no practicados ó nulos.

Pero la mujer casada, el fallido pueden hallarse en las condiciones psicológicas de ser racional y libre; si, pues, la ley les priva de la capacidad para cometer actos jurídicos, es por razones de otro orden; es tan sólo en garantía de terceros, que bien pueden ser el individuo ó la sociedad.

Al fallido, por ejemplo, se le impide contratar, en garantía de los intereses de sus acreedores comprometidos en la falencia; su incapacidad es tan sólo relativa á éstos y de ahí que el acto jurídico que comete no sea por su esencia nulo, sino simplemente anulable por esos terceros.

Hechas estas consideraciones generales, nos ocuparemos en detalle de las causas de incapacidad.

II

Como una de las principales causas de incapacidad se señala la *falta de edad*.

Esta causa de incapacidad suscita una dificultad cuya solución satisfactoria es imposible.

En efecto dado el progresivo desarrollo de la inteligencia humana y la mayor ó menor precocidad con que se opera según el medio en que el hombre viva, ¿en qué período de vida debe considerarse si esa inteligencia ha llegado á su pleno desarrollo, permitiendo al hombre obrar con completo discernimiento? ¿Aun averiguado ésto, lo que es imposible, ¿cómo fijar un término uniforme cuando es tan grande la desigualdad entre las inteligencias, desigualdad por una parte natural y necesaria?

Ya en la fijación de edad ó término se incurriría en lo arbitrario pero esa arbitrariedad sobina de punto si esa fijación fuera uniforme.

Sin embargo, como dice Savigny, las necesidades de la práctica piden una solución preferente de ese doble problema, por reglas positivas como único medio de salvar la dificultad, y de ahí que los legisladores de todos los tiempos hayan declarado al hombre incapaz de obligarse hasta cierta época de la vida la cual varía de país á país, teniendo en cuenta la influencia directa que ejerce en el desarrollo intelectual el clima, las costumbres, el estado de la educación, y, en fin, tantas otras circunstancias del medio en que se vive.

Pero también siempre presente al legislador lo arbitrario del medio empleado ha tratado de atemperar en lo posible sus malas consecuencias, y á ese fin dentro del término en que fija la menor edad, establece períodos ó grados al reducir los cuales el hombre va conquistando por sí, decreciendo su capacidad.

Nuestro Código, según el cual el hombre es menor hasta los 21 años, establece tres períodos:

El primero, que es el de la infancia, hasta los 14 y 12 años, ya se trate del hombre ó de la mujer.

Hasta esa edad nuestra ley considera al hombre privado por completo de discernimiento, y en consecuencia, absolutamente incapaz de contratar.

El segundo período, en que se fija la puerilidad, hasta los diez y ocho años, ya la ley no le considera absolutamente incapaz.

Por una parte, los actos jurídicos que comete ya no se consideran como inexistentes ó nulos, sino tan solo viciados, — anulables; y, por otra parte, se le reconoce completa capacidad para algunos actos trascendentales como el de testar, y para trascendentales contratos, como el de matrimonio aunque rodeándole de determinadas garantías.

El tercer período ha sido determinado al tener en cuenta el hecho averiguado de que ciertas personas, viviendo en el mismo medio, son de inteligencia más precoz que otras. Por eso permite la ley que de los 18 años en adelante el hombre pueda adquirir casi completa capacidad para las gestiones de la vida social mediante las formalidades de la *emancipación ó habilitación de edad*.

III

Otra de las causas de incapacidad absoluta es la de *enajenación mental*.

Su determinación es mucho más fácil que la de la menor edad, pues tratándose de la enajenación mental hay hechos externos que la denuncian y caracterizan, los cuales hacen que la ciencia pueda determinar ese estado patológico.

Dos principales cuestiones se suscitan al estudiar esta materia y son las siguientes:

Primera: ¿Quién responde del daño causado por el demente cuando se produce á pesar de haber su curador empleado toda la diligencia razonablemente exigible.

Segunda: ¿Los actos practicados en intervalos lúcidos, obligan, producen responsabilidad?

Apreciando estas cuestiones bajo el punto de vista de la capacidad en el agente, la primera cuestión queda resuelta: la segunda, el derecho romano la resolvería por la afirmativa,

declarando que los actos practicados en ese estado obligan.

A nuestro juicio, esas cuestiones tienen distinta solución según la faz bajo la cual se las aprecie.

Bajo la faz de la capacidad en el agente, en ninguno de los dos casos pueden los actos practicados en tal estado producir efectos jurídicos. En el primero, por la razón general en que se funda esa causa de incapacidad: el hombre carece de libertad y, por consiguiente, es irresponsable. En el segundo porque no puede establecerse que lo que se llama *interdium tacitum* conlleva de inteligencia que ilumina el cerebro oscurecido del demente, sea en realidad un paréntesis a tal enfermedad. Es más fundado establecer que el hombre en esos momentos está bajo la influencia de la enfermedad *lata* y, en consecuencia, no goza del pleno ejercicio de sus facultades.

Pero, si por hallarse privado de discernimiento el enajenado es incapaz de obligarse en la esfera de la contratación, ¿no por eso es irresponsable a nuestro juicio, de todos los actos que cometa?

Propongamos para mayor claridad un caso concreto.

Un demente incendia una finca no puede culpársele a consecuencia de su estado, ¿por qué sufre o debe casarse? ¿Acaso es propietario de esa finca?

No vemos razón que lo justifique. Laboraríamos que no sea culpable el demente de dolo o culpa, desde que lo practica inconscientemente pero la acción es una consecuencia de su estado, sea el de su propia degradación y por lo mismo debe sufrirla. O, como bienes de dolo puede el perjudicado gestionar una indemnización.

Respecto a la incapacidad de los sordo-mudos que se puede determinar por medio de la ley es evidente.

Para obligar de hecho que el individuo sea capaz de querer libremente se necesitan también que pueda manifestar su voluntad de una manera clara y entendible.

En bien del sordo-mudo la ley no quiere dar la manifestación de voluntad acerca de hechos mal comprendidos, a causa de la sordera, y de una manera imperfecta manifestada por los signos ambiguos de que puede valerse el sordo mudo.

IV

Nos ocuparemos ahora de las personas que no son absolutamente incapaces, cuyos actos, en consecuencia, no son nulos, sino simplemente anulables.

DEL MENOR ADULTO.—La misma razón que explica la incapacidad absoluta en que se halla el impúber, esto es, el hombre en el primer periodo de la vida, justifica la prescripción legal respecto del púber ó adulto.

Respecto al primero, la ley niega efecto jurídico a sus actos, porque le considera privado de todo discernimiento: en esa edad se considera que el hombre no goza del ejercicio de sus facultades, no puede manifestar libre y conscientemente su voluntad y, por lo tanto, no puede de ninguna manera obligarse. Pero el menor adulto no se halla en ese caso: de los catorce a los veinte años inclusive se dirá que el hombre no se halla en el pleno goce de sus facultades, que es incapaz aun de proceder con completo discernimiento pero es innegable que ya su inteligencia ha obtenido un grado superior de desarrollo: que ya puede distinguir el bien del mal; que se halla en aptitud de comprender lo que le congrege como asimismo de defenderse de las asechanzas que se le hagan para defraudar sus intereses: claro está que no puede ser considerado como el que no se halla en ese caso, no es completamente capaz, pero tampoco es absolutamente incapaz. La ley toma en cuenta ese término medio y establece que el defecto ó el vicio de que adolece el consentimiento del mayor de catorce años y menor de veintuno, sea suplido por la asistencia del tutor en el caso del pupilo; del padre en el caso del hijo de fa-

milia; y que el acto cometido sin esa garantía, sólo por el menor, sea únicamente *anulable*.

DE LA MUJER CASADA.—La incapacidad de la mujer casada, por lo mismo que no nace de las condiciones subjetivas de la persona, siendo, por el contrario, una simple consecuencia de su estado, creada por el matrimonio, da lugar á opiniones diametralmente opuestas entre los publicistas, según el modo de considerar esta institución y según los efectos que á ella se den.

La cuestión fué magistralmente debatida con motivo de la discusión del Código Civil Italiano.

Entonces el Ministro Pizanelli en su relación sobre el Proyecto del libro 1.º del Código, sostuvo la capacidad de la mujer casada en lo que se refiere á la contratación, desarrollando su tesis en los siguientes términos:

“El precepto de la autorización marital y, por tanto, la prohibición para contratar y comparecer en juicio sin el consentimiento del marido, es una consecuencia del sistema de la comunidad legal entre los cónyuges, que usado en Francia, es casi desconocido en Italia. Cuando los frutos de los bienes extradotales de la mujer forman parte de la comunidad que administra el marido, es natural que sin su consentimiento la mujer no puede vender ni hipotecar, porque no debe por el mismo hecho sustraer á la comunidad los bienes, cuyos frutos pertenecen á ésta y hacer ilusorio el derecho de administración que corresponde al marido. Adoptado el principio debíase por uniformidad de sistema aplicarlo á los juicios en que tuviera parte la mujer...

“Examinada sin preocupación esta cuestión bajo el aspecto puramente jurídico, parece fundada la solución propuesta por el Proyecto.

“Es indudable que la mujer tiene y debe tener la capacidad de administrar y disponer de la propia fortuna, y es igualmente cierto que el matrimonio no puede por sí mismo

tener la virtud de privar á los cónyuges de la disponibilidad de sus bienes; no priva de ellos al marido, y no hay razón jurídica para resolver lo contrario respecto de la mujer.

“En vano se observa que el marido como jefe de la familia tiene el principal deber de proveer á las necesidades de ésta, y que, por consiguiente, debe contar con los bienes de la mujer y que en el interés de la familia, debe poder impedir la enajenación de ellos. Con tal razonamiento se supone ante todo que el padre tiene para con los hijos mayor afecto, pero la prescripción no corresponde á la realidad, puesto que el cariño de la madre puede ser igualado, nunca sobrepujado...

“Por otra parte, ¿cuáles serían los beneficios reales de la autorización marital? Si la concordia reina entre los cónyuges todos los actos serán practicados de común acuerdo; el marido será el natural consultor de la mujer, sin que la ley lo imponga. Pero si la paz doméstica desaparece, la autorización marital se vuelve arma de violencia en manos del marido; la mujer buscará refugio en los Tribunales, y la última consecuencia de esta disposición legal será la separación de los cónyuges, es decir, la disipación y la ruina de la familia”.

Sin embargo, la Comisión revisora del Proyecto sostuvo la prescripción de la autorización marital como reclamada por el orden, la armonía y la fortuna de la propia familia, y se fundaba en que la independencia así considerada de la mujer, además de herir los intereses de la familia sería contraria:

“1.º Al principio de protección que el marido debe á la mujer, que sería vana é ilusoria si él no pudiese impedir que malgastase sus bienes en operaciones ruinosas;

“2.º A la deferencia debida al marido, jefe de la familia, más apto para velar por los intereses de ésta y dirigirla en los actos más importantes de la vida civil;

“3. Contraria finalmente á la unidad y estrecha comu-
nidad en todos los actos de la vida, carácter esencial de la
sociedad conyugal.

“Por último, decía la Comisión, al dilema formulado por
Pizanelli, bien pudiera oponérsele el siguiente: si los actos
que quiera practicar la mujer son buenos y útiles, la obli-
gación de la venia marital ningún perjuicio puede causarle,
puesto que un irracional disenso del marido encontraría en
la autoridad judicial su correctivo: si los actos son malos,
hay gran conveniencia para la familia y para la propia mu-
jer en que el marido pueda impedirlos.

“El consentimiento del marido sera siempre espontánea-
mente solicitado por la mujer que con él vive en buena ar-
monia, pues á ello la impulsará la naturaleza misma de la
unión conyugal: si, por el contrario, la armonia no reina,
conviene que el marido pueda evitar actos mal meditados
que perjudiquen el bienestar de la comunidad”.

En cuanto á nosotros, creemos que esta última teoria es
la más aceptable; y aún más, no trepidamos en afirmar que
si bien puede influir en la solución de la cuestión el régi-
men que se adopta para la sociedad legal, siempre se en-
contrarian fundamentos en los intereses morales de la fami-
lia para establecer una dependencia de la mujer con res-
pecto al marido, sin perjuicio de reconocerle los derechos
que le reconoció la civilización al arrancarla de la oscuri-
dad y sumisión en que estaba en otros tiempos.

**INCAPACIDAD DE CIERTAS PERSONAS EN VIRTUD DEL CARGO
QUE DESEMPÑAN.**—Esa prescripción de nuestra ley se refiere
á la prohibición impuesta al mandatario de comprar para
sí la cosa que se le manda vender; al tutor y curador de
comprar los bienes de sus pupilos ó vender los suyos; al
padre respecto de los bienes de los hijos que se hallan ba-
jo la patria potestad, etc., etc.

La razón de esas prohibiciones ó incapacidades, es una

tan sólo: antagonismo entre los intereses del representante
legal ó particular y los de sus respectivos representados.

En el caso del contrato de compraventa, por ejemplo,
el mandatario como tal tiene el deber de verificar el con-
trato en las condiciones más ventajosas para el mandante;
si el mandato es de vender, debe verificar la venta por el
mayor precio posible; pero, si se le permitiese comprar pa-
ra sí, su interés estaría en verificar la compra por el menor
precio que pudiera; habria antagonismo de intereses, y la
ley ha creído conveniente encerrar la cuestión bajo la faz
práctica, teniendo en cuenta las debilidades humanas y por
tanto ha considerado que en esa lucha corrian peligro los
intereses de terceros. Por eso no le da ocasión de manifes-
tarse.

DE LAS ACCIONES EN MATERIA CIVIL

POR

EUGENIO J. LAGARMILLA

LECTOR DE DERECHO

II

DE LA PRUEBA EN LA REIVINDICACIÓN

SUMARIO.—De la quién incurre en la prueba del demandado que ha poseído en propiedad
—20. Puede probarse el dominio sin recurrir á la prueba de la posesión en
cuestiones de sucesión.—21. Efectos de las presunciones.—22. Clasi-
ficación.—23. Formas de la prescripción francesa.—24. Clases.—25. Continua-
ción.—26. Estudio de nuestra legislación.—27. La acción reivindicatoria.—28. Cómo debe
probarse la reivindicación.—29. La prueba es oral.—30. Es aplicable en la prueba
de la propiedad.—31. Los autos de partición y las sentencias son títulos para reivin-
dicar.—32. El actor debe probar la posesión del demandado.—33. De la prueba de
la propiedad de los móviles.

50.—El reivindicante es obligado á presentar la prueba de su
propiedad. Tal es lo que dispone el artículo 654 del Código

Civil, en armonía con el principio general que establece la carga de la prueba al que hace de actor en el juicio (Cód. de Proc., art. 329).

El que reivindica pide la propiedad de la cosa que el reo tiene en su poder; la prueba, por tanto, debe versar sobre el dominio de esa cosa. ¿Cómo producir esa prueba? Ante todo debemos distinguir si el objeto de la reivindicación es un mueble ó un inmueble, pues son distintas las reglas aplicables á cada caso. Empezaremos por los inmuebles.

La propiedad de un inmueble puede adquirirse por tradición, sucesión ó prescripción. Descartando la prescripción trentenaria que no exige título ni otro requisito que la posesión por treinta años, los demás modos presuponen un propietario anterior, quien ha transmitido al actual los derechos que sobre la cosa tenía. En este último caso ¿basta para probar la propiedad la justificación del título traslativo de dominio á favor del reivindicante? ¿Qué es lo que prueba un título semejante? Lo que con él se demuestra es que el actor adquirió los derechos de su causante, es decir, del transmitente; pero si éste no tenía la propiedad de la cosa, mal pudo transferirla á su causa habiente: *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Pero para probar, á su vez, que el transmitente era propietario, habría que probar que su autor inmediato tenía tal calidad, y así sucesivamente hasta remontarse á la adquisición del dominio por modo originario. Se concibe la dificultad de una tal prueba que con razón los antiguos llamaron «diabólica».

51.—La exigencia de una demostración tan rigurosa del dominio, que sería en muchos casos imposible, violaría el orden público que está interesado en que la propiedad se halle asegurada contra las usurpaciones ó molestias que, merced á la dificultad de la prueba, se hallarían amparadas por la ley en perjuicio evidente del verdadero dueño de la cosa.

¿Quién podría estar seguro de que su propiedad, en manos de un tercero, le sería devuelta, si para esto se le exigiera que probara todas las transmisiones por las que ha pasado desde que la adquirió el primer ocupante hasta el momento actual?

La necesidad de mantener el estado de cosas existente, obligó al legislador á crear un instituto que, al consolidar la propiedad, la defendiera contra pretensiones de terceros que al imponer al dueño la carga de una prueba imposible, haría que pudiera ser despojado del bien de su pertenencia.

La prescripción viene en ayuda del derecho de propiedad y constituye su más fuerte base. Desde el punto de vista de la prueba es el medio más eficaz para su defensa; la ley la ha erigido en presunción absoluta contra la cual no cabe la prueba en contrario (Cód. Civil, 1575 núm. 2). Pasado cierto tiempo, el que ha poseído, por sí ó por sus autores, ha adquirido el dominio y se libra de responder de él; los vicios que su título pudiera tener se hallan purgados, y en virtud de la prescripción, puede estar tranquilo ante cualquier demanda que contra él pueda entablarse. Se explica el entusiasmo que por ella tenían los antiguos cuando la llamaban patrona del género humano, coronamiento y base de la propiedad.

La prueba del dominio se reduce, pues, á la prueba de la prescripción. El que haya poseído con título probará éste y la posesión necesaria para prescribir, y el que poseyó sin aquél sólo tendrá que probar el goce continuado por treinta años.

52 — Puede suceder que el demandante no pueda producir la prueba de la prescripción, y ocurre entonces averiguar si en tal caso, debe ser acogida ó rechazada su demanda. En otros términos; el problema á resolver es el siguiente: ¿deben admitirse otras probanzas que, á falta de la presunción absoluta de la prescripción, puedan suplir á ésta?

Para unos, no probándose la prescripción cumplida, el demandado debe ser absuelto, desde que la prueba incumbe al actor, y no produciéndola satisfactoriamente el reo debe ser el vencedor (1). Otros opinan que á falta de una prueba completa sobre la prescripción adquirida, puede el juez, teniendo en cuenta los hechos en cada caso, presumir que aquélla se ha cumplido. Esta fórmula, como dice Baudry Lacantinerie (2), hace de la prueba del derecho de propiedad una *presunción de prescripción*, fundada sobre diversos indicios de posesión. Como se ve, esta teoría hace de la reivindicación, en tales circunstancias, una acción *publiciana* (3), con la diferencia que ésta es una ficción, y la fórmula es una presunción que surge de ciertos hechos (actos de goce, pago de impuestos, datos de los títulos, etc.), que hacen probable la creencia que el demandado sea el verdadero dueño.

Aubry y Rau han dado otra fórmula que, aceptada por Baudry Lacantinerie aun cuando éste la expresa de distinta manera, tiene importancia grandísima por ser la que la jurisprudencia francesa ha seguido. «Cuando la prueba de la prescripción cumplida no puede hacerse, si el actor justifica un *derecho mejor y más probable* que el del demandado, debe serle reconocida la propiedad» (4). Tal es la fórmula que Baudry Lacantinerie (5), expone en estos términos: «El demandante puede invocar en apoyo de su derecho de propiedad no sólo la presunción legal basada en la prescripción, sino también presunciones del hombre: triunfará si produce una prueba por presunciones.»

53.—Lo que hay que saber, dentro de la tesis seguida por la jurisprudencia francesa, es qué valor pueden tener las

(1) LAURENT, *ob. cit.*, t. VI núms. 156, 159 á 173.

(2) BAUDRY LACANTINERIE ET CHAUVEAU, *Des Biens*, núm. 23.

(3) DEMOLOMBE, *Cours*, IX, n.º 481; TROPLONG, *De la prescription*, t. I, n.º 230.

(4) AUBRY ET RAU, *Cours* II, § 219.

(5) BAUDRY LACANTINERIE, *ob. cit.*, n.º 238.

presunciones del hombre en lo que respecta á la prueba de la propiedad. No se trata aquí, como en la doctrina de Demolombe y Troplong, de presunciones sobre la prescripción sino de presunciones sobre la propiedad. El actor no pretende, en el supuesto de que tratamos, probar la prescripción adquirida por medio de presunciones; lo que quiere demostrar por medio de esa prueba, es su propiedad, cuya justificación debe resultar de indicios tenidos como bastantes para ello (1).

La regla del artículo 1579 del Código Civil grige en estos casos, ó la prohibición allí establecida no es aplicable á las cuestiones de dominio? Las opiniones están divididas entre los intérpretes de la ley francesa. «El Código de Napoleón, dice Laurent (2), sólo habla de pruebas en el título de las *Obligaciones*; pero los principios allí consagrados son reglas generales, que tienen aplicación tanto en materia de derechos reales como en materia de contratos». En cambio Baudry Lacantinerie (3) impugna esa tesis del siguiente modo: «Las reglas restrictivas sobre la admisibilidad de la prueba testimonial ó por presunciones conciernen solamente á las obligaciones, á los derechos personales; pero quedan sin aplicación en la prueba del derecho de propiedad: el lugar ocupado por el artículo 1315 (1547 de nuestro Código), en el título de las obligaciones da, por de pronto, un argumento serio; y, por otra parte, las diferencias que separan el derecho real del derecho personal explican la creación de reglas especiales, extrañas, por consiguiente, á los derechos reales. La obligación es un vínculo de derecho entre dos personas determinadas; una relación jurídica cuyo nacimiento aparece como una derogación al derecho común, al estado de libertad existente entre las personas; la formación de este lazo juri-

(1) BAUDRY LACANTINERIE, *Des Biens*, n.º 240.

(2) LAURENT, VI n.º 160.

(3) BAUDRY LACANTINERIE, *Des Biens*, n.º 241.

dico debe revelarse de una manera precisa. Por lo demás, la relación jurídica esta destinada á desaparecer á veces en un breve plazo; es fácil, por tanto, conservar los signos ciertos de su nacimiento y extinción. Muy distinto es el derecho de propiedad, que se perpetúa á través de los siglos y cuya adquisición originaria está muy lejana para ser conocida; es una relación casi necesaria entre una persona y una cosa, pues los bienes están casi todos en poder del hombre. Serían inexplicables las restricciones puestas á la prueba de este vínculo jurídico; el legislador debe más bien facilitarla. Así, pues, el artículo 1315 (547 de nuestro Código), no se opone á que se establezca el derecho de propiedad por medio de presunciones; ese artículo no tiene por objeto reglamentar la prueba del derecho de propiedad."

54. Para proceder con orden hagamos notar ante todo que la prescripción puede probarse por testigos, desde que los hechos de posesión son hechos simples y escapan, por tanto, á la prohibición del artículo 1579. Respecto á esto, las dos doctrinas convergen; la una, porque cabe este caso entre los de excepción; la otra, porque la regla no tiene aplicación en los derechos reales. Por manera que, si el demandante funda su acción en la prescripción cumplida, bien sea treintenaria ó con título, los testigos y presunciones tienen lugar, al efecto de probar la posesión continuada por el tiempo requerido por la ley. Esto se entiende sin perjuicio de que el título, cuando exista, debe ser probado por el acto ó instrumento correspondiente, de acuerdo con las exigencias legales para el caso.

Pero no es ese el punto sobre que discrepan los autores. Lo que se discute es si cuando el actor no puede probar la prescripción lo que, como hemos dicho, puede hacer con testigos le es dado al Juez presumir que el dominio pertenece á aquél.

Antes de analizar la teoría, veamos las fórmulas de la jurisprudencia francesa á que antes nos hemos referido.

55.—1.º *El demandante produce un título y el demandado ninguno.* En este caso debe juzgarse á favor del actor siempre que el título sea anterior á la posesión del demandado. Fúndase esta solución en la presunción que surge de todo título, porque en la generalidad de los casos la enajenación procede del verdadero propietario, presunción que debe prevalecer sobre la que ampara al poseedor, cuya posesión reciente tiene visos de una usurpación cometida en perjuicio del demandante.

Si el título es posterior á la posesión del reo, el actor debe remontarse en el pasado á fin de producir uno anterior, sea que hubiera sido concedido á su actor inmediato á uno de los anteriores á éste.

2.º *Tanto el demandante como el demandado, producen un título.* Dado que esto suceda hay que distinguir si los títulos emanan de un mismo autor ó de autores diferentes. Si lo primero acontece, vencerá en el juicio el que presente el título más antiguo. Ahora en el segundo supuesto, triunfará el demandante si prueba que en la hipótesis de un pleito entre los dos autores, vencería el suyo; porque nadie puede dar más derechos de los que tiene.

3.º *Ni el actor ni el reo producen título.* Aquí, el demandante funda su acción en ciertos hechos de los que puede surgir una presunción de propiedad á su favor. Se resuelve en este caso que si la posesión del demandado es exclusiva y bien caracterizada debe considerarse la presunción que nace de esto superior á la deducida de los hechos en que se basa el demandante, y, por consiguiente, la acción debe ser desechada. Pero si la posesión del demandado no reuniera las cualidades de una posesión útil, "el Juez deberá balan-

cear las presunciones invocadas por una y otra parte, y si, en su creencia, las del demandante parecen más precisas y concordantes, le atribuirá la preferencia sobre el reo; de lo contrario, rechazá la acción."

55.—Estudiemos ahora esos distintos casos y veamos si existe en ellos la prueba de la propiedad.

El demandante invoca un título mientras que el demandado no produce ninguno ¿Qué prueba el título del reivindicante? Ya lo hemos dicho; en si, sólo demuestra que ha adquirido los derechos de su causante, pero no prueba que es propietario, á no ser que se apoye en la prescripción ó en un modo originario por el que adquirió alguno de sus autores. Pero por la presunción de que todo título emana del propietario se considera que el que lo presenta tiene el dominio de la cosa. ¿Puede admitirse esa presunción? La afirmativa es sostenida por los partidarios de la doctrina, y se fundan en las razones que ampliamente hemos expuesto transcribiendo á uno de sus más ilustres adeptos.

«La presunción surge "porque en la inmensa mayoría de los casos la enajenación emana del verdadero dueño". Entonces ¿para qué se necesita la prescripción, si es bastante el título ó transmisión del derecho?

El adquirente se réputa propietario porque, por regla general, el transmitente es propietario' En otros términos, al que transiere sus derechos se le presume propietario; de lo que viene á resultar que el título, cuando el demandado no presenta ninguno, prueba la propiedad. Poco importa que el autor del demandante no haya tenido derecho sobre la cosa; si el poseedor no produce un título, éste será condenado. Y no vale tampoco que sea la posesión una presunción de propiedad, porque, se dice, esa presunción cede ante la más fuerte que surge de un título traslativo de dominio.

No estamos conformes con la teoría expuesta. La prueba de la propiedad se reduce en último término, á la prueba de la prescripción como lo reconocen los mismos sostenedores de la tesis que impugnamos (1), y si esto es cierto, mal puede probarse esa presunción legal por medio de un título, puesto que el fundamento de la prescripción es la posesión, y sabido es que quien invoca una presunción legal debe probar la existencia de los hechos que sirven de base á la ley para establecerla (Código Civil, artículo 1576).

Es cierto que los adeptos á la doctrina en examen, quizá dándose cuenta de lo insostenible de la tesis de tal modo encarada, declaran que no pretenden establecer presunciones de prescripción sino presunciones de propiedad

Se argumenta dentro de un círculo vicioso: se empieza por sentar que la prescripción es la prueba normal de la propiedad, para luego decir que las presunciones establecidas son presunciones de dominio y no de prescripción. Pero si toda prueba de propiedad se reduce á la prueba de la prescripción, surge naturalmente la consecuencia de que las presunciones de dominio deben ser presunciones de prescripción, supuesto que se da por sentado que no hay otro modo de probar la propiedad que el que emana de la prescripción. Primero se dice que el título no prueba otra cosa que la transmisión de los derechos del enajenante, tal cual éste los tenía, para luego concluir que ese título basta para probar la propiedad en virtud de presunciones deducidas del mismo. Quien presenta un título podrá probar con él que tiene mejor derecho que el que no presenta ninguno, pero de eso á dar por justificada la propiedad hay mucha distancia. Perfeccionar el título por el título mismo es cosa que á más de ser original choca con los principios que dominan la materia. Las presunciones que surgen de dos títulos distin-

(1) La prescripción, en nuestro sentir, constituye la definitiva la prueba normal del derecho de propiedad. — BAUDRY LACANTINIERE Y TISSIER. *De la prescripción*, núm. 1339.

tos no pueden llegar hasta dar por probada la propiedad, porque repetimos, para eso hay que probar la prescripción ó la adquisición por un modo originario; esas presunciones podrían servir para demostrar que un título es mejor que otro, y en este caso ya no se trataría de la prueba rigurosa de la propiedad sino de la prueba de la acción publiciana. Razón tiene Laurent ¹ para decir que esa jurisprudencia se funda en la equidad pero que es violatoria de la ley.

57.—En los otros dos casos de la jurisprudencia francesa, la solución de ésta también se funda en simples presunciones. Cuando los dos títulos emanan del mismo autor se da preferencia al más antiguo ¿Por qué? ¿Acaso está probado que el causante común era propietario? Se dice que no pudiendo darle dar más derechos que los que tiene, el segundo adquirente no pudo adquirir los derechos de que ya el enajenante se había despojado á favor del primero. Pero ¿y si no tenía derechos sobre la cosa enajenada? Volvemos nuevamente á la hipótesis estudiada de que el título prueba propiedad, cuya crítica ya hemos hecho.

Si emanan los dos títulos de autores diferentes, vencerá el demandante si prueba que en la hipótesis de su pleito entre los autores triunfara el suyo. ¿Pero está con ello probada la propiedad del autor? Lo único que con eso se de-

muestra es que un autor tenía mejor derecho que el otro, pero no que era propietario. Ya no se trataría de prueba de la reivindicación sino de prueba en la publiciana. Y como publiciana también se toma la reivindicación en el último caso, es decir, cuando ninguno de los contendientes presenta título. Se adjudica la propiedad al que tiene mejor derecho.

58.—Estudiados los principios que dominan la prueba del dominio y fijados los límites dentro de los que el intérprete debe mantenerse, es tiempo ya de analizar las disposiciones de nuestro derecho positivo.

Nuestro Código, como el francés, no ha reglamentado la prueba de la propiedad, se ha limitado á imponer la carga de ella al que hace de actor en el juicio reivindicatorio. Es debido á esto y supuesto que en el silencio del legislador los principios generales son de completa aplicación al caso, por lo que nos hemos detenido en el estudio de ellos analizando la jurisprudencia y doctrina francesas, á fin de sentar una base sobre la que nos sea dado resolver con acierto el oscuro problema de que tratamos.

Existe una disposición en nuestro Código que hace variar por completo la faz de la cuestión. Lo que la jurisprudencia francesa, saliendo de la órbita de sus facultades, ha establecido, es lo que entre nosotros ha hecho el legislador: consagrar la acción publiciana. Así lo dispone el número 6. del citado artículo 624: "Perdida la posesión, puede usar de la acción reivindicatoria, aunque no sea dueño, contra el que posea la cosa con título inferior al suyo". Claro es que, dentro de nuestra ley, de acuerdo con esa disposición, todas las fórmulas que hemos estudiado de la jurisprudencia francesa son aceptables, no por aplicación del artículo 654, sino en virtud del 624 número 6.

Nosotros creemos con Aubry y Rau ¹ que la acción pu-

¹ AUBRY ET RAU. Cours II, página 36.

bliciana no puede concebirse como acción distinta á la reivindicatoria; lo que hay es que cuando la acción reivindicatoria es ejercida por el que no es dueño, se la denomina publiciana, pero no por eso deja de ser reivindicatoria como expresamente la ley lo dice. La importancia práctica de la distinción no afecta á la acción en sí, sólo se refiere á la prueba de la misma. Por regla general, el propietario será el que reclama el dominio; por excepción el que no es dueño lo pedirá, porque es raro que la propiedad se discuta entre los que no tienen el dominio sin que el dueño haga valer su derecho. Pero aun cuando la reivindicación se ejerce, por regla general, por el propietario, no por eso, éste ha de producir la prueba completa de su propiedad, prueba que como hemos dicho, se reduce, en la casi totalidad de los casos, á la de la prescripción. Es precisamente en la prueba donde radica la verdadera importancia de la publiciana, expresión de la equidad que atempera el rigor de los principios de la justificación plena del dominio.

Analizando las fórmulas de la jurisprudencia francesa hemos visto que todas ellas hacen de la reivindicación una acción publiciana. Pero lo que en Francia es obra abusiva de los Tribunales, entre nosotros es ley: y por tanto, todas esas fórmulas que hemos estudiado tienen completa aplicación, por lo que siempre que el actor produzca su prueba en alguno de aquellos modos debe ser declarado vencedor.

El artículo 624 número 6 complementa y amplía al artículo 654. La prueba recae al reivindicante, pero si éste, aun no probando la propiedad, justifica un derecho mejor que el del demandado, es decir, de nuestra que su título es superior al del poseedor, la demanda debe ser acogida. De esto resulta que el verdadero propietario en la mayoría de los casos probará, no su propiedad, sino su mejor derecho, y, por eso, lo que se llama acción publiciana, es el modo más común de justificar el dominio.

59.—La equidad exige que la dificultad de probar un derecho no sea causa de la pérdida del mismo; he ahí el fundamento de la acción publiciana.

Originaria de Roma donde fué creada por el pretor Público de ahí la denominación de *publiciana*) con el fin de amparar al poseedor que en vía de prescribir era despojado de la cosa que detentaba, limitada primeramente á las *res mancipæ*, se extendió después á los bienes *bonitarios*. En virtud de ella el que no era dueño podía reivindicar cual si lo fuera, porque se consideraba que la prescripción en curso se hallaba cumplida; era una prescripción ficta.

Mantenida en el derecho moderno, aunque sin el carácter de ficción que en Roma tenía, no forma ella, como hemos dicho, una acción distinta de la reivindicatoria. La reivindicación procede, aun cuando el reivindicante no pruebe la propiedad siempre que demuestre poseer mejor derecho que el poseedor. Eso es lo que dispone nuestra ley rindiendo homenaje á las exigencias de la práctica. Más previsora que el Código Francés ha llenado el nuestro la laguna que en aquél existe, cortando discusiones sin fin y evitando con ello que soluciones de equidad deroguen al texto expreso de la ley.

Dedúcese de esto que si el reivindicante que ejerce su acción no llega á justificar la propiedad pero si su mejor derecho ¹⁾, el juez debe sentenciar á su favor. No es necesario que el actor exprese que usa de la publiciana, porque, á más de no exigir la ley la determinación de la acción deducida (Código de Procedimiento, artículo 284), no existe entre nosotros una acción publiciana distinta de la reivindicatoria. Como hemos dicho anteriormente, de acuerdo con la ley, la reivindicación siempre es una, sea ó no deducida por el dueño; y el hecho de que la doctrina la denomine publi-

¹⁾ El mejor derecho debe probarse con el título, desde que la ley exige la superioridad del título. Es en este sentido como debe tomarse esa frase.

como es determinado caso, es nada puede hacer valer la existencia de la acción que se discute.

Para asegurar la pertinencia de esta cosa que es modo de discutir la reivindicación es lo que respecta a su prueba, es la ampliación y complemento de la justificación del dominio como consecuencia de la capacidad al modo de la disposición del artículo 524 que es la expresión rigurosa de las pretensiones.

De — De que modo debe hacerse la prueba de la reivindicación.— Por regla general, todo que tratamos de probar por la prueba verbal sobre el hecho que consta en un instrumento público.— También se ha adquirido el dominio por modo originario para probar que así queda revivida con respecto a la prescripción trentena. Debe que demuestre la posesión continuada por el plazo legal de treinta años.

La que constituye acción es que el actor es propietario por modo derivado y entonces se requiere probar el título por medio de los documentos que le constituyen.— El título es la causa de adquisición de derecho real que se adquiere por alguno de los modos de adquirir.— Código Civil artículo 524. La que por medio del título se adquiere es a persona persona que debe por contrato la obligación por parte de dueño de transferir la propiedad al acreedor. Todos los contratos de los que hacen obligaciones de transferir a alguien son títulos para tener la consecuencia de adquirir dominio.

Por manera que si se reivindica es propiedad por modo originario, así debe que probar que.

— En el caso de reivindicación de propiedad por modo originario, así debe que probar que.

Pero si la propiedad la ha adquirido por modo derivado, le incumbe probar el título y el modo, porque el título sin el modo sólo da derecho personal y el modo, si no es precedido de título hábil es ineficaz para transferir el dominio.

En nuestro sentir los dos únicos modos derivados son la tradición y la sucesión. Cierro es que como tal modo se incluye generalmente la prescripción de diez ó veinte años, pero creemos que este modo no es distinto de los otros. En efecto, la prueba de tal clase de prescripción debe recaer sobre el justo título y la posesión continuada por el tiempo requerido por la ley. Ahora bien: para analizar si la prescripción procede ó no es preciso averiguar si el que se ampara de ella adquirió el dominio por alguno de los otros dos modos derivados tradición ó sucesión: de manera que, descartando la cuestión del tiempo, la prueba de ese modo se reduce a la de alguno de los otros.

El que ha adquirido como heredero, ¿que debe probar?— Por el modo universal sucesión se adquieren los derechos y obligaciones del difunto, quien se halla representado por la persona del sucesor: en derecho éste es la continuación de aquél. Pero además del modo debe probar el título: ¿cuál es el título del heredero?— Segovia cree que en las sucesiones el título y el modo se confunden de lo que resulta que al mismo tiempo se adquieren el derecho real y el personal. ¿Bastará entonces para que la reivindicación prospere que justifique su calidad de heredero?— No lo creemos: probando tal cosa se prueba que los derechos de su causante pasaron al actor, pero no que aquél, y por tanto éste, tenía la propiedad de la cosa ó un mejor derecho sobre ella. Para justificar esto hay que remontarse á la adquisición que el causante ó sus autores hicieron á otro título originario ó derivado. Si, por ejemplo, el causante hubiera obtenido la propiedad por compraventa, ésta y la consiguiente tradición es lo que el sucesor tendría que probar. El título del sucesor

es el título del causante, porque confundiéndose en derecho la persona de ambos, la prueba que incumbiría al uno le pertenece al otro, sin perjuicio de que además deba el sucesor demostrar su calidad de tal, que lo habilita para colocarse en el lugar del difunto á quien representa (1).

De lo dicho se desprende que la prueba de todos los modos derivados viene á reducirse, en último término, á la prueba de la tradición.

Para que se adquiriera el dominio por tradición se requiere que ésta se haga en virtud de título hábil para transferir la propiedad (Código Civil, artículo 744, número 3.º) y ya hemos dicho qué es lo que debe entenderse por tal. Ahora bien: ese título debe constar forzosamente, en estos casos, en instrumento público (Código Civil, artículo 1638, número 1.º) que debe ser presentado por el reivindicante conjuntamente con la demanda, salvo que no lo tenga á su disposición y en tal caso lo mencionará con la individualidad posible, designando el archivo, oficina pública ó lugar donde se encuentre el original, so pena de que, si así no lo hace, no se le admita después de interpuesta la demanda, habiendo el caso de que justificara en forma breve y sumaria haberlo obtenido ó hallado recientemente (Código de Procedimiento, artículos 289, 290 y 374).

Probado el título se ha de justificar también que la tradición ha sido hecha, y en su virtud que el dominio fué adquirido.

61.—El título que sólo da derecho personal, es un acto jurídico celebrado entre dos personas: el reivindicante y el autor de éste, es decir, quien les transmitió la propiedad ó los derechos que sobre ella tenía. Como se comprende, el demandado poseedor no ha sido parte en ese acto, y en vista de esto cabe averiguar si tendrá éste valor contra él. Si hubiera de probarse en rigor la propiedad, como para esto es necesario probar la prescripción, la cuestión no tendría objeto, desde que tal acto jurídico es un justo título, supuesto que para ser tal no es preciso, más aún se supone, que ha sido dado por el que no es dueño (Código Civil, artículos 750, 1182, 1183).

Pero cuando lo que se pretende demostrar es el mejor derecho, entonces el caso aparece más dudoso. Sin embargo, creemos que la solución debe ser la misma. En efecto: si el reivindicante presenta un título y el poseedor no lo presenta, éste debe ser condenado, no porque el título tenga fuerza obligatoria contra él, sino porque el reivindicante demuestra que tiene mejor derecho, desde que en virtud del título puede prescribir á los diez años, en tanto que el demandado sólo lo podría á los treinta. El poseedor no podría pretender ampararse en la regla *res inter alios acta*, porque con el título no se quiere probar que esté obligado á lo que en él se establece, sino que tiene por fin demostrar que la propiedad fué adquirida ó está en vías de adquirirla el demandante. Los demás casos en que las partes presentan títulos, la prueba también debe versar sobre quién ha adquirido ó adquirirá con más derecho el dominio, sin que tengan aplicación las reglas referentes á los contratos, salvo el caso en que el título emane del mismo poseedor, pues si esto sucede, no se trataría sólo de la propiedad, sino también de verdaderas relaciones obligatorias.

Esta es, en nuestra opinión, la causa porque no es aplicable la regla *res inter alios acta* en las cuestiones sobre

prueba del dominio, y no como dice Laurent, que siendo el acto auténtico como tal es plena fe del hecho jurídico que constata, no sólo entre las partes, sino también respecto á terceros; y prueba además hasta la inscripción en falso, las declaraciones materiales de las partes comparecientes. Prueba, pues, hasta la inscripción en falso, la declaración que las partes han hecho de vender y comprar. De ahí, continúa, lo que el título prueba respecto á todos, es decir, que prueba respecto á todos que hay una venta, una donación, un testamento. ¿Por qué, pues, el reivindicante no podrá oponerle al poseedor? (1). Sin entrar á discutir el valor de las declaraciones contenidas en un instrumento público respecto á terceros, consideramos que aun cuando hagan fe contra éstos, no implica ello que el dominio ó el mejor derecho á él esté probado. Supongamos que en un juicio reivindicatorio que A sigue contra B, aquél presenta un contrato de compraventa otorgado á su favor por C. El demandado B no dice que A no le haya comprado á C; lo que sostiene es que A no es dueño de la cosa que B está poseyendo. Con el título prueba A que compró la cosa á C, pero con esto sólo no basta. El instrumento tendrá toda la fuerza probatoria que se quiera, pero no puede obligar á un tercero, porque lo que ese instrumento constata es un contrato, y éstos no pueden oponerse á los que en él no hayan intervenido. Código Civil, 1267. Con probar que el reivindicante compró la cosa á su autor no se prueba que él ó su sucesor tiene mejor derecho que el poseedor, y es esta, precisamente, lo que hay que demostrar en el juicio reivindicatorio.

Laurent ha confundido la fuerza probatoria del instrumento público con la fuerza obligatoria de las declaraciones en él contenidas: la primera hará fe, si se quiere, respecto á todos, pero la segunda se limita, por propia naturaleza, á las partes contratantes.

(1) LAURENT, op. cit. número 12.

Bandry Lacanierie ha comprendido que no es en virtud de la fuerza probatoria del documento público por lo que el título prueba propiedad. Consecuente con su doctrina, cree que el título sólo se invoca para establecer una presunción de dominio, pero no porque pueda oponerse al demandado como la prueba de una relación jurídica existente entre él y el demandante (1).

62.—Se discute si las sentencias ejecutoriadas y los actos de particiones son títulos con los que se pueda ejercer la acción reivindicatoria.

Pothier admitía "que un acto de división (por el cual parece que la cosa reivindicada ha caído al demandante), de la sucesión de alguno de sus padres, es un título con que se puede fundar la demanda" (2). La mayoría de los autores siguen á Pothier y admiten igualmente el valor de las sentencias (3).

A nuestro modo de ver el caso no es de difícil solución. Las sentencias y actos de partición no constituyen, por sí solos, títulos para reivindicar; su efecto es declarativo y no atributivo de derechos, de lo que se deduce que el título no es la partición ni la sentencia, sino aquél en cuya virtud, en una y otra, se le adjudicó la cosa al demandante.

63. El reivindicante no sólo debe probar su acción, sino también la posesión del demandado (4).

64. Respecto á la prueba de la propiedad de los muebles, la ley no exige una forma única, rigiendo á este res-

(1) BANDRY LACANIERIE, *Des Biens*, número 29.

(2) POTHIER, *De Demois.*, número 323.

(3) Ver ante citados a. l.

(4) Véase á este respecto particular los números 43, 44 y 45.

pecto las reglas generales. Podrá, pues, producirse esa prueba por cualquiera de los medios admitidos y con las restricciones impuestas por la ley.

Lo mismo que cuando se trata de inmuebles debe probarse el título y el modo, ó este último solo, cuando se haya adquirido por modo originario.

(Continuará)

CONSULTA

EJECUCIÓN DE HIPOTECA EN LOS CONCURSOS COMERCIALES

Montevideo, Octubre 2 de 1902.

Señor don Antonio Sambucetti.

Presente.

Mi estimado amigo:

Con el mayor placer contesto la consulta profesional que se ha servido usted formularme.

Ella es la siguiente: Un comerciante de Soriano viene á Montevideo é hipoteca un bien raíz de su propiedad, fijándose como domicilio á los efectos del contrato, la ciudad de Montevideo. Poco tiempo después, dicho comerciante es declarado en quiebra ante el Juez Letrado de aquel Departamento.

Se desea saber:

1.º Si la hipoteca, á pesar de no estar vencido el plazo es exigible.

2.º En qué forma y hasta cuándo pueden cobrarse los intereses del crédito hipotecario.

3.º ¿Está obligado el acreedor hipotecario á seguir su acción ante el Juez de la quiebra, ó puede iniciarla aquí, en Montevideo, con prescindencia del concurso?

Contesto la primera cuestión:

Este punto está terminantemente legislado y resuelto por el Código de Comercio en el artículo 1581, que dice así:

“La declaración de quiebra *hace exigible todos los créditos pasivos del fallido, aunque no se hallen vencidos, ya sean comerciales ó civiles*”.

La disposición de la ley comercial es concordante con la de la ley civil, la que al legislar sobre las obligaciones á plazo, establece en el artículo 1412 (Código Civil), que: “Lo que se debe á plazo *fuera de los casos de quiebra ó notoria insolvencia, no puede exigirse antes de su vencimiento*”.

La doctrina, y tanto la ley civil como la comercial, son perfectamente justas sobre el particular.

En efecto, siendo el juicio de quiebra una ejecución común en beneficio de todos los acreedores, si todos los créditos no fuesen exigibles por el hecho de la misma, la liquidación no se podría llevar á cabo hasta tanto no estuviesen vencidas todas las obligaciones, lo que retardaría los procedimientos é imposibilitaría la secuela regular del concurso.

Además la obligación á plazo reposa en la presunción de solvencia y pago al vencimiento, y esa presunción no existe en materia comercial después de la declaración de quiebra, porque el artículo 1548 del Código de Comercio establece que: “La declaración de quiebra importa la presunción de insolvencia de la masa, sin necesidad de auto especial”.

Contesto la segunda cuestión.

Sobre este punto también existe disposición expresa en el Código de Comercio y de las dos doctrinas que han dividido la opinión de los comercialistas y la legislación positiva de otros países, la nuestra ha optado por la que sos-

tiene que tratándose de créditos comunes se suspende el curso de los intereses y que ellos corren ya fueran pactados ó legales, tratándose de créditos hipotecarios ó prendarios.

El artículo 1582, Código citado, resuelve el punto objeto de la cuestión, en la siguiente terminante forma:

"La declaración de quiebra suspende con relación á la masa el curso de los intereses sobre los créditos pasivos comunes".

"Seguirán hasta la extinción de la deuda los intereses pactados ó los legales desde el día de la demanda, en los créditos hipotecarios y prendarios y se pagarán con la preferencia que corresponde á los capitales hasta donde alcance la respectiva garantía".

Contesto la tercera cuestión propuesta.

Este punto está también terminantemente legislado en nuestra ley comercial y si la cuestión puede ofrecer dudas en otras legislaciones véanse las notas á los artículos 1387 y 1413 del Código de Comercio argentino del doctor don Lisandro Segovia en su obra "Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina", en la nuestra no pasa lo mismo como vamos á demostrarlo.

Es cierto que el artículo 1549 del Código de Comercio dispone: "El juicio de quiebra abarca la universalidad de los bienes, derechos, acciones y obligaciones del fallido y atrae al Juez de la quiebra todos los negocios judiciales pendientes ó que se inicien después de la quiebra y en que el fallido sea demandado".

"En el caso en que el fallido ó el concurso sea actor, deberá seguirse el fuero del reo".

Pero ese artículo se refiere á los créditos comunes, á los acreedores quirografarios, y digo esto, porque los tenedores de los créditos hipotecarios ó prendarios por disposiciones expresas del mismo Código, no están obligados á presentarse al concurso, pudiendo seguir su acción con completa independencia.

Citaré, en primer término, el artículo 1711 del Código de Comercio, concordante é idéntico con el 2335 del Código Civil, y que dice así:

"Los acreedores hipotecarios y prendarios no están obligados á aguardar á las resultas del concurso general para proceder á ejercitar sus acciones contra los respectivos inmuebles ó muebles hipotecados ó dados en prenda".

"La acción se ejercitará con completa independencia del concurso general y éste sólo tendrá derecho á percibir el saldo que deje la ejecución después de cubierto el crédito hipotecario ó prendario y las costas y costos del juicio."

Más diré, y es que el auto de quiebra, que entre otras cosas, como se sabe, debe contener el emplazamiento dentro de un término de treinta á noventa días para que los acreedores presenten al sindico los justificativos de sus créditos, *excluye expresamente* á los acreedores hipotecarios y prendarios.

El artículo 1557 del Código de Comercio establece:

"El auto en que se haga la declaración de quiebra deberá contener:

"Inciso 6." La fijación de un término de treinta á noventa días, según la importancia y extensión de los negocios del fallido, término dentro del cual deberán todos los acreedores, con excepción de los hipotecarios y prendarios, presentar al sindico los justificativos de sus créditos."

El proyecto primitivo del señor don Joaquín C. Márquez, autor de la reforma del libro IV del Código de Comercio, no contenía la excepción indicada y se refería á todos los acreedores.

Al discutirse el artículo en el seno de la comisión de reformas, el doctor don Aureliano Rodríguez Larreta se opuso al inciso en la reforma proyectada, en los siguientes términos (página 104 del libro de actas de la indicada Comisión:

"En discusión el artículo 1554 (hoy 1557). El doctor Ru-

driguez Larreta manifestó que aceptaba el artículo siempre que se modificase el número 6 en cuanto impone á los acreedores hipotecarios y prendarios la obligación de presentar al síndico los justificativos de sus créditos, pues pudiendo esos acreedores ejercer sus acciones con absoluta prescindencia del concurso general, no había razón para obligarlos á que presenten sus créditos".

"El señor Márquez dijo que la exigencia contenida en el número 6 en nada afectaba el derecho que tienen los acreedores hipotecarios y prendarios para ejercer sus acciones con prescindencia del concurso pero que como puede acontecer que los bienes afectadas al pago de los créditos se alcancen á cubrirlos íntegramente, y como, producido esto, el acreedor tiene derecho para figurar en la masa concursada por el saldo que faltare, la prescripción observada tenía su razón de ser".

"Después de este cambio de ideas, se acuerda modificar el número 6 quedando sancionado el artículo en los términos que actualmente se encuentra".

Como se ve después de las observaciones del doctor Rodríguez Larreta, el inciso quedó tal cual está hoy, siendo de notar que el propio señor Márquez reconoció el perjuicio que ocasiona á los acreedores hipotecarios y prendarios para ejercer sus acciones con prescindencia del concurso.

La disposición de la ley comercial que estudiamos ha sido copiada textualmente de la ordenante del Código Civil reformado, y esta misma se originó en una ley especial promulgada el 20 de Abril de 1880 e incorporada al Código Civil vigente por la comisión encargada de la corrección y complementación de dicho Código Civil y de la cual tuvo el infrascripto el honor de formar parte.

Nuestra ley civil y nuestra ley comercial han querido rodear de las mayores garantías á los acreedores hipotecarios, que tienen un derecho real en la cosa y contra la cosa para poder perseguir el cobro de sus créditos sin trabas ni con-

pisas de ninguna clase; de ahí esas disposiciones de la ley que colocan fuera de los concursos civiles ó comerciales á los acreedores hipotecarios.

La subrogación legal por la cual el síndico representa los derechos del concurso, en nada afecta ni modifica el contrato de préstamo hipotecario, que debe cumplirse y hacerse exigible en la forma en que fué pactado.

Si, pues, el domicilio fijado fué la ciudad de Montevideo, aquí debe seguirse la acción por cobro de la hipoteca, con citación del síndico á los efectos del artículo 1572 del Código de Comercio.

Dejando satisfecho su pedido, me es grato repetirme de usted affmo. y S. S.

Eduardo Vargás.

APUNTES DE CLASE

Temas de estudio para el curso de Abogado Civil y Comercial en el año 1900.

1900-1901

ARTICULO 134

La mujer no necesita de licencia para defenderse en juicio criminal, ni para demandar ó defenderse en los pleitos con su marido.

Éste, sin embargo, será siempre obligado á suministrar á la mujer los auxilios que necesite para sus acciones ó defensas judiciales

§ 69- El marido - será siempre obligado á suministrar á la mujer los auxilios que necesite para sus acciones ó defen-

sus judiciales". La ley supone el caso general, ó sea el de que el marido administre los bienes del matrimonio y la mujer no disponga de recursos propios. En consecuencia, cuando la mujer administra sus bienes, no necesitando los auxilios del marido, no puede obligar á éste á que le dé éste-expressamente.

Tal es lo que sucede cuando hay separación judicial de bienes. Conforme al artículo 1965, "en el estado de separación el marido y la mujer deben contribuir á su propio mantenimiento y á los alimentos y educación de los hijos, á proporción de sus respectivas facultades". *Champeas y Uribe*, tomo 1.º, página 249, número 362.

ARTÍCULO 187

Si la mujer es menor, además de la parte del marido, concurrirá la del marido para los actos de que habla el artículo 273 sobre los menores habilitados.

§ 70.—El artículo 273, relativo á los menores habilitados, no prevé el caso en que una mujer que estar en juicio es el artículo 274 el que establece que el menor habilitado no puede estar en juicio sin el consentimiento de su tutor *ad litem*. De aquí parece deducirse que el marido, mayor de edad, puede autorizar á su mujer menor para que comparezca en juicio. El artículo que anotamos en efecto, exige vena judicial para los actos de que habla el artículo 273, y como queda dicho, el artículo 273 se habla de la comparecencia en juicio.

Por el artículo 1.º del Código de Procedimiento Civil, posterior al Civil, dispone que la mujer casada, *acordada* con su marido podrá litigar por sí con vena de su marido, de donde se deduce que si es menor de edad, no puede litigar por sí misma ni en el estado en que el marido sea mayor y le compare la vena. De-Maria, "Lecciones de Procedimiento Civil", *Anales de la Universidad*, tomo 4.º, página 266.

ARTÍCULO 142

El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado á su mujer, y la ratificación podrá también ser general ó especial.

La ratificación podrá ser tácita, por hechos del marido que ma ifiesten inequívocamente su aquiescencia.

§ 71.—Según el artículo 146 "la nulidad fundada en falta de vena marital, no puede alegarse sino por la mujer, el marido y los herederos de ambos", y conforme al artículo 1545, "ni la ratificación expresa ni la tácita valdrán, si no emanan de la parte que tiene derecho de alegar la nulidad, y si el que ratifica no es capaz de contratar". Luego, la ratificación del marido no vale contra la mujer, porque no es el marido sólo, sino también la mujer, quien puede alegar la nulidad.

Pero el artículo 142 que anotamos ¿no establece lo contrario al dar al marido la facultad de ratificar los actos para los cuales no haya autorizado á su mujer? La afirmativa estaría de acuerdo con una de las doctrinas sostenidas por los autores franceses. ¿Por qué los actos á que se refiere el artículo que anotamos no son válidos? Porque no han sido autorizados por el marido; y bien, si lo que les falta es la autorización marital, una vez que el marido los ratifica, la nulidad queda subsanada. Desde que interviene el consentimiento del marido, la mujer cesa de ser incapaz, sea que ese consentimiento haya sido dado antes ó después del acto, y, por consiguiente, ella no puede entonces invocar su incapacidad para pedir la nulidad del acto. Si la mujer no ataca el acto antes de la ratificación del marido, es porque persevera en la voluntad de mantenerlo; esta voluntad, unida á la del marido que ratifica, convierte el acto, anulable en su origen, en un acto perfectamente válido. El

artículo que estudiamos, al declarar que el marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado á su mujer, no se propone otra cosa que dar á esta ratificación, los mismos efectos que á la autorización previa.

Esta doctrina, á primera vista irrefutable, ha sido contestada por la mayoría de los autores. No hay que confundir la *autorización* que es previa ó concurrente al acto, con la *ratificación*, que es posterior. El acto de la mujer, que ha sido autorizado por el marido, es válido; mientras que el acto de la mujer, sin autorización del marido, es anulable. En este último caso, tienen acción para pedir la nulidad, tanto el marido como la mujer; luego, la ratificación del marido no puede tener efectos más que contra él mismo; al ratificar el acto, el marido habrá renunciado su acción de nulidad, pero la mujer conservará la que por su parte le corresponde, porque el marido no tiene la facultad de despojar á su mujer de lo que á ésta le pertenece. Así resulta también de lo que disponen los artículos 146 y 1545. Por lo demás, el hecho de que la mujer no pida la nulidad del acto celebrado sin autorización del marido, no implica necesariamente que la misma mujer persevere en su voluntad: puede ser que no ataque el acto para no revelar á su marido la falta que ha cometido al prescindir de la autorización de éste. En fin, el artículo que anotamos no hace más que establecer la facultad que tiene el marido de ratificar los actos para los cuales no haya autorizado á su mujer; pero no dice cuáles son los efectos de la ratificación. Para saber cuáles son esos efectos debe estarse á lo que disponen los artículos 146 y 1545. Sostener que la ratificación valida el acto en absoluto, privando á la mujer de la acción que le pertenece, equivale á afirmar que el artículo 142 está en pugna con los artículos 146 y 1545, y esto sería contrario á la regla del artículo 20, según la cual "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada

una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". (Baudry Lacantinerie, "Des personnes", tomo 2.º, números 2369 y siguientes; Mourlon, tomo 1.º, número 792; Champeau y Uribe, tomo 1.º, número 385).

A fin de que, en el caso de que tratamos, la nulidad quede subsanada, es necesario que el marido ratifique el acto conjuntamente con su mujer. Habrá entonces ratificación por parte del marido y de la mujer, ó sea de los dos que podrían alegar la nulidad. Por lo demás, la mujer, con la venia de su marido, es capaz para contratar, y, en consecuencia, lo es también para ratificar el acto vicioso á que nos referimos. (Artículo 1545).

(Continuará).

CUESTIÓN

FECHA QUE DEBERÁ LLEVAR EL CERTIFICADO CON QUE SE CIERRA
EL PROTOCOLO

Pide al Excmo. Tribunal Pleno que se deje sin efecto en parte el decreto que expresa.

Excmo. señor:

Benjamin C. de Oliveira, escribano público, domiciliado en la calle Sarandí número 215, ante V. E. respetuosamente me presento y digo:

Que el señor Ministro doctor Fein, con fecha doce de Enero del corriente año, dictó en mi protocolo, el siguiente decreto: "Inutilcese por Secretaria el sellado sobrante del presente "cuaderno. Y notándose que el precedente certificado lleva

“ la fecha del nueve de Enero,—lo que constituye una informalidad.—se le advierte al escribano de Oliveira, para que lo tenga presente en lo sucesivo, que los protocolos deben quedar cerrados el último día del año respectivo.”

Ahora bien: como á pesar de todo el respeto que me merece la opinión del referido señor Camarista, creo sinceramente que no he procedido mal al extender el certificado con fecha nueve de Enero, y ponerle esa misma fecha, ó sea la fecha verdadera, vengo á someter el punto á la resolución del Excmo. Tribunal Pleno, con el objeto de saber con seguridad cómo debo proceder en lo sucesivo, y también con el de que si la advertencia que se me ha hecho no es merceda, no quede subsistente.

Al extender el certificado con fecha 9 de Enero, no lo hice por inadvertencia, sino deliberadamente, por entender que, lejos de desprenderse de las disposiciones legales vigentes que dicho certificado *debe llevar necesariamente la fecha de 31 de Diciembre*, se desprende lo contrario.

De acuerdo con el artículo 31 de la ley de Escribanos de 1876, modificado por la ley del 12 de Diciembre de 1884, lo primero que debe hacer el escribano es presentar su protocolo del año anterior, dentro de la primera quincena de Enero, para la inutilización del papel sobrante. Después de inutilizado ese papel sobrante, el escribano debe encuadernar su protocolo con el respectivo índice al fin de cada tomo, cerrando previamente éste con un certificado en que expresará el número de escrituras que contenga, incluidas las inutilizadas ó que hayan quedado sin efecto.

Como se ve, el citado artículo único que se ocupa del certificado), no establece respecto de éste, más formalidad que la de que exprese el número de escrituras que contenga el protocolo. Ese artículo no habla absolutamente de la *fecha precisa* que debe llevar el certificado;—lo único que dice sobre el particular es que éste debe ser extendido *recién*

después de la inutilización. Por consiguiente, si para la inutilización del papel sobrante *es término hábil toda la primera quincena de Enero*, con mayor razón debe serlo para extender el certificado, que es *cosa posterior á aquella inutilización*.

Es cierto que en la práctica (y yo me he acomodado á ella), este orden legal ha sido invertido, porque los escribanos extienden el certificado al pie de la última escritura y luego el Tribunal inutiliza el papel sobrante. Pero aún dentro de esta misma práctica he procedido correctamente, pues he extendido el certificado antes de la inutilización, pero dentro de la primera quincena de Enero, ó sea dentro del término hábil para esa inutilización.

El día 31 de Diciembre es un día hábil como cualquier otro, y el escribano puede y debe gozar de todo él, es decir, de todas las 24 horas de que ese día se compone, para hacer escrituras. Entretanto, no gozaría de todo él, si antes de las 12 de la noche, ó sea antes de haber terminado la última hora de ese día, cerrase el protocolo, extendiendo el certificado de que se trata.

¿Qué haría el escribano si habiendo extendido el certificado el 31 de Diciembre de 1902, á las 7 de la tarde, fuese requerido ese mismo día á las 8 de la noche para autorizar una escritura urgentísima, como por ejemplo un testamento? En el protocolo del año entrante no podría extenderla, pues dicho protocolo no queda habilitado sino desde el 1.º de Enero inclusive en adelante, y como en el protocolo de 1902 tampoco podría extenderla por haberlo ya clausurado, resultaría que no podría cumplir con la obligación que, según el artículo 60 del decreto ley de 31 de Diciembre de 1878, tiene todo escribano de autorizar las escrituras que se le encomienden.

Para que el escribano pueda, como es de su deber, utilizar todo el día 31 de Diciembre, debe necesariamente no cerrar el protocolo sino después de concluido dicho día, y por con-

siguiente, el certificado no puede ser extendido sino en el mes de Enero.

El 31 de Diciembre tiene ya el escribano papel de protocolo para el año entrante. Si se le pide *el 1.º de Enero* que autorice una escritura, no podrá extenderla en el protocolo viejo, sino en el nuevo, pero esto será así, no porque ya deba estar necesariamente puesto en el protocolo viejo el certificado, sino porque las escrituras deben ser extendidas en el protocolo que está habilitado el día en que se extienden, y el protocolo de un año cualquiera deja de estar habilitado una vez vencido dicho año.

Por lo demás, falta á V. E. el medio de asegurarse de si un certificado extendido con fecha 31 de Diciembre, ha sido positivamente extendido en esa fecha. Por ejemplo, yo hubiera podido muy bien extender el certificado el día 9 de Enero, poniéndole la fecha de 31 de Diciembre en vez de ponerle, como lo he hecho con toda lealtad, la verdadera fecha en que lo extendí. El engaño no habria sido advertido, porque se trata de un acto que no ofrece más garantías de veracidad que la presunción de buena fe que acompaña al escribano que lo ejecuta. Por consiguiente, es preferible no exigir una formalidad que, fuera de no armonizarse con el texto de la ley y ser inconveniente, no puede ni siquiera ser fiscalizada.

Por lo expuesto:

A V. E. suplico con todo respeto que se sirva dejar sin efecto el decreto del señor Ministro doctor Fein, en la parte en que establece que he cometido una informalidad no extendiendo el certificado con fecha 31 de Diciembre.

Benjamin C. de Oliveira.

A este escrito,—el Tribunal Pleno, con fecha once del corriente,—proveyó lo siguiente:

Se declara que el último día del año debe clausurarse el protocolo y que la certificación debe hacerse á más tardar el primero de Enero siguiente.

PROLEGOMENOS DE DERECHO COMERCIAL

(Continuación)

IX. 1. Abandonado el sistema de la definición del acto de comercio por los legisladores, han tenido éstos, siguiendo otros rumbos, que establecer sistemas legislativos diversos; sistemas que varían tanto, que con ellos se podría formar una escala, partiendo de los que para nada se ocupan del acto de comercio, hasta los que pretenden enumerarlos todos.

La mayoría de ellos ha optado por la enumeración de los actos, pero esa enumeración puede hacerse de dos maneras: puede ser una enumeración taxativa ó limitativa, ó puede ser una enumeración demostrativa.

El primero de estos dos sistemas consiste, como su nombre lo indica, en establecer en la ley, uno por uno, todos los actos de comercio, que son tales para la misma, excluyendo los demás.

Tiene como inmenso defecto el de querer encerrar dentro de limites fijos, algo que tiene una extrema movilidad, y que, día á día tiende á aumentar su esfera de acción.

No pueden, no deben las leyes que se ocupan de materias comerciales, sobre todo de aquellas cuyos limites no son ni fijos ni precisos, y que se hallan en evolución continua, siguiendo el movimiento progresivo, creciente é incesante de la vida comercial, que modifica y multiplica lo que existe, vislumbra y abre nuevas vías, nuevos y extensos horizontes á su actividad; no pueden esas leyes, decimos, trazar fron-

teras fijas é inexpugnables, círculos de hierro, levantar muros de granito en los que se lee el pretencioso "de aquí no pasará", sin que la realidad de los hechos atropelle y destruya todo lo que á su paso se opone, haciendo caso omiso de fronteras, círculos y voluntades legislativas, que no tienen, frente á su fuerza arrastradora, mayor consistencia que el papel donde fueron impresas..

Pero, la ley existe, y hay que cumplirla... Solamente tales actos, dice ella, son actos de comercio... Es entonces que hay que abandonarse á las interpretaciones, á las inducciones ó dejar fuera de la ley á actos de comercio, bien caracterizados, pero á los cuales la voluntad del legislador por un prurito de precisión ha negado la protección de la jurisdicción y de la legislación mercantil.

¡Quejaos todo lo que gustéis! V vuestras quejas llenas de razón, preñadas de justicia, repletas de derecho, irán á estrellarse contra la impasibilidad é inflexibilidad del sistema adoptado.

¿Es esto justo?

Si. La ley existe y debe de cumplirse estrictamente en los países donde ella haya sido adoptada. Por arriba de todo debe estar el respeto á la ley, pero eso no quita que se pugne por la reforma de las malas leyes.

2. Los grandes defectos del sistema anterior, al que han seguido últimamente los legisladores belgas, y que es el sistema del Código francés (Thaller) (1), son subsanados por el sistema opuesto, el de la enumeración demostrativa, que reputamos más razonable, más lógico, y que indudablemente se plega más á la realidad de los hechos comerciales.

En vista de la imposibilidad de enumerar todos los actos de comercio, por este sistema se establecen en la ley, los más importantes, presentándolos siguiendo series dadas, reuniéndolos ó separándolos conforme á ideas lógicas de orden

(1) Thaller, obra citada, p. 218.

y de unión, y dejando bien abiertas las puertas para que puedan agregárseles todos aquellos que no han sido ni podido ser objeto de enumeración.

Algunos códigos que han seguido este sistema, suelen establecer al terminar la enumeración un inciso final, que dice expresamente, como lo hace el de Méjico (inciso 24 del artículo 75), que son comerciales cualesquiera otra clase de actos de naturaleza análoga á los expresados en el mismo.

Nos parece buena la aclaración, aunque pensamos que en muchos casos puede resultar inútil ó superabundante, sobre todo, cuando sea evidente que el sistema seguido, es el de la enumeración demostrativa. Esta innovación no existe en el Código italiano de 1882, Código que podemos mirar como el tipo de los de este sistema.

¿El Código Oriental ha seguido el sistema taxativo ó el demostrativo?

Es una cuestión de solución difícilísima, mucho más cuanto el informe de los doctores Vélez Sarsfield y Acevedo, nada dice al respecto. El origen francés de casi todas las disposiciones del artículo 7, inclinaria á creer que se ha seguido el limitativo; pero la frase "la ley reputa actos de comercio en general", que no se halla ni en el francés, ni en el belga, ni en el alemán, etc., que emplean las de "se reputan actos de comercio" tales, ó "son actos de comercio", tales... ese en general tomado, según parece del artículo 203 del viejo Código portugués, indica, según opinión corriente, el sistema opuesto.

De todas maneras, y á pesar de las dudas que pueda suscitar el punto, es más útil inclinarse al sistema demostrativo.

Sistema inglés.—Ni define, ni enumera los actos de comercio, ni da fórmula alguna para su comprensión (F. Blanco).

Constans). Este sistema es seguido también por el Código de Comercio ruso de 1893 (Code de Commerce de Russie, por J. Tchernow).

Sistema español.—El Código español de 1885 da, en el párrafo segundo del artículo 2.º, la siguiente fórmula: "Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga". Este sistema, con algunas modificaciones, ha sido seguido por el nuevo Código de Comercio de Portugal, aprobado por decreto de 23 de Agosto de 1888, que dice, en su artículo 2.º: "Serán reputados actos de comercio todos aquellos que se hallaren especialmente regulados por este Código, y además de ellos todos los contratos y obligaciones de los comerciantes que no fueren de naturaleza exclusivamente civil, si lo contrario no resulta del propio acto".

Sistema francés.—Es el sistema enumerativo, y es al que han seguido la mayoría de los códigos, salvo las variaciones más ó menos radicales que hemos indicado en el italiano de 1882 (artículo 3.º), y en el mejicano (artículo 75), por ejemplo. Siguen este sistema el argentino de 1889 (artículos 6, 7 y 8); el de Guatemala de 1877, que ofrece la originalidad de referirse á los *negocios mercantiles* y establecer en un inciso final los caracteres de esos negocios comerciales artículo 3.º; es el seguido por el Código del Brasil (véase los "Regolamentos para os Tribunaes do Brazil", de 1850, que no sabemos si están en vigencia); por el Belga (artículos 2.º y 3.º); etc.

Sistema alemán.—Propiamente no es un sistema, pues responde en el fondo al sistema francés; pero difiere en que forma cuatro categorías, cuatro agrupaciones de actos. En la primera, comprende cuatro clases de actos comerciales por su esencia ó actos objetivos (artículo 271); en la segunda, cinco clases de operaciones, que son declaradas comerciales para quien hace de ellas el ejercicio de una profesión (artículo

272); en la tercera, se comprenden las mismas operaciones, pero ejecutadas excepcionalmente por cualquier comerciante, aunque sean extrañas á su comercio (artículo 273); en la cuarta, se consideran actos de comercio todas las operaciones de un comerciante que tengan relación con su comercio, salvo si constare lo contrario (artículo 274).

El Código húngaro sigue el mismo sistema.

X. ACTOS MIXTOS.—El acto de comercio puede ser acto de comercio para las dos partes contratantes, ó puede ser comercial para una de las partes y civil para la otra.

Pongamos algunos ejemplos que harán esto más comprensivo.

Si el comerciante A compra mercaderías al comerciante B, cada uno de ellos ha ejecutado un acto de comercio, que lo es para las dos partes contratantes.

Pero, si yo, individuo civil, compro al comerciante A mercaderías que destino á mi uso ó consumo, mi acto tiene el carácter de acto de comercio para el comerciante A que trató conmigo, pero, para mí, el acto ejecutado no es un acto de comercio, sino un acto civil.

Los autores dan á la primera categoría de estos actos, el nombre de actos de comercio bilaterales, y llaman á los de la segunda actos unilaterales ó actos mixtos (Lyon Caën y Renault). Ocurrido un conflicto y siendo necesario averiguar á quién compete el conocimiento de un litigio y qué jurisdicción se ha de aplicar, los de la primera categoría no ofrecerán dudas de ningún género; no así los de la segunda, pues éstas serán graves, y serias las dificultades, pues se trata de actos que, según como se les encare, ofrecerán el carácter de actos de comercio ó de actos civiles. ¿Quiénes serán los jueces competentes? ¿Qué legislación regirá el acto?

Algunas legislaciones han previsto el caso y traen dispo-

siciones que solucionan la dificultad, la alemana, la belga y la argentina de 1889, por ejemplo; pero desgraciadamente la legislación oriental tomó, como hemos dicho ya, sus disposiciones del Código argentino del año cincuenta y siete, que no eran otras que las del Código francés, y nada decían ellas sobre el punto en cuestión.

Sería de desear que la Comisión Revisora del Código oriental tuviera en cuenta esta deficiencia y propusiera la sanción de un artículo que evitara las complicadísimas cuestiones á que da margen semejante olvido. Abrigamos la esperanza de que ella lo hará, como lo han hecho los nuevos legisladores argentinos, quienes se han inspirado en el artículo 277 del Código alemán, y salvo pequeñas reformas al mismo, han salvado esas dificultades por medio del artículo 7, que dice: "Si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan, por razón de él, sujetos á la ley mercantil, excepto á las disposiciones relativas á las personas de los comerciantes, y salvo que de las disposiciones de dicha ley resulte que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto carácter comercial."

Como hasta tanto que eso no suceda, la cuestión permanecerá siendo la misma, que tantas dudas ha suscitado, creemos útil recordar aquí algo de lo que sobre ella dicen los autores.

En su obra de Derecho Comercial, publicada antes de la sanción del nuevo Código argentino, estudia el doctor Obarrio el punto en cuestión, y dice que él puede presentarse bajo dos fases: con relación á la legislación que se ha de aplicar al caso mixto, y respecto de la jurisdicción á quien compete el conocimiento.

Para solucionar la primera de estas cuestiones, dice el doctor Obarrio, que existen tres doctrinas, cuyo estudio crítico hace, y que son:

1.^a La legislación civil ó la comercial se aplicarán indistintamente según la parte que asuma el rol de demandante,

y se aplicará la legislación que corresponde á esa jurisdicción;

2.^a La legislación comercial debe prevalecer sobre la legislación civil; y -

3.^a El derecho común debe prevalecer sobre el derecho comercial; solución que es la aceptada por el doctor Obarrio.

Respecto de la jurisdicción á quien corresponde el conocimiento del asunto, debe ser, según opina el doctor Obarrio, la civil, aunque dice es doctrina comúnmente aceptada que debe seguirse el principio de procedimiento de que el actor debe seguir el fuero del demandado.

Thaller, (1) opina que á los actos mixtos deberán aplicarse distributivamente las reglas de derecho civil y las del comercial, pero que esta distribución se efectuará atendiendo, no á la persona del *demandante*, como dice el doctor Obarrio, sino según que, para la persona *demandada*, sea civil ó comercial el acto.

Si es demandada la persona para quien el acto es civil, serán los jueces y la legislación común, porque ella no ha renunciado ni á sus jueces naturales ni á su derecho.

Por el contrario, dice el mismo autor, si la persona que ha hecho el acto comercial es la perseguida, el demandante debe atacarla ante los tribunales de comercio y usar contra ella de pruebas comerciales.

Hace notar, sin embargo, que la jurisprudencia francesa permite al *demandante* para quien el acto es civil, que pueda optar por la jurisdicción que prefiera, y que puede llevar el proceso ante los tribunales civiles ó comerciales, á su elección.

Lyon Caën y Renault exponen una opinión idéntica á la de Thaller, y dicen que la competencia de los tribunales que han de juzgar el acto debe ser, á su juicio, la que corresponde según los principios generales de derecho, y que debe

(1) Thaller, ob. cit., pág. 24.

atenderse al demandado para determinar cuál es el tribunal competente. (1).

No nos parecen suficientemente convincentes las razones que se dan para seguir la opinión contraria á la solución propuesta por el Código alemán, y que ha sido seguida por el Código argentino.

No vemos qué principio de derecho ó de justicia se pueda invocar para proclamar como solución la que se propone por algunos autores; no vemos qué razón de derecho y de justicia se pueda invocar para quitar á una de las partes sus jueces naturales, más bien que á la otra, y hacer prevalecer la legislación civil sobre la comercial, cuando aún los autores que esa solución proponen, están todos de acuerdo en que el acto es, y no puede dejar de ser, un acto de comercio.

“ El derecho civil es la regla y el derecho comercial la excepción. Hacer que la persona que ejecute el acto civil quede sometida á la legislación comercial, sería dar preferencia á lo extraordinario y excepcional sobre lo ordinario y común”. (Obarrio).

A eso contestaremos, diciendo, que fué en otra época tenido como cierto, que el derecho comercial era la excepción, pero que no lo es hoy, para la moderna ciencia del derecho comercial, que rechaza las antiguas teorías. según las cuales, el derecho comercial constituía el monopolio, el privilegio de la *casta* de los comerciantes, como rechazamos hoy aquellas sociedades gremiales, tristemente célebres, de épocas pasadas, que cerraban las puertas del trabajo á todos los que no pertenecían al pequeño grupo de los privilegiados.

Y diremos que hoy, por el contrario, son los autores italianos, los nacidos en la patria del derecho, los que con razón se enorgullecen de que los suyos fueron los que do-

(1) Lyon Caën y Renault, ob. cit., pág. 341.

tarou al mundo con la nunca bien ponderada legislación romana; son los que sin disputa van hoy á la cabeza del mundo científico, por la profundidad de su ciencia jurídica; son ellos los que proclaman el principio opuesto; y dicen, tanto en sus obras teóricas, como en sus monumentos legislativos, que el derecho comercial es un *derecho propio, perfectamente autónómico é independiente*, al cual no se le puede considerar como una simple excepción á una regla general; y aun más, cuando no faltan legislaciones, que van más lejos, llegando á regular por un sólo código los asuntos civiles y comerciales, como lo ha hecho Suiza, porque en sus costumbres se halla enormemente difundido el espíritu de la comercialidad.

Pensamos además: que el porvenir reserva á la República Oriental, por su posición geográfica, por su constitución hidrográfica, por su pequeño territorio y por muchas otras causas, un puesto entre los países más comerciales de la América; y no nos parece, que en esta materia tan discutida de los actos mixtos, deba desdeñarse una reforma en su legislación comercial, que hacia esos fines la conduzca y para la que se puede tomar como patrón ó modelo á la legislación argentina.

Antes de concluir queremos hacer notar que el ilustrado doctor Obarrio ha padecido un error cuando dice, que una de las soluciones propuestas es la de que se ha de determinar la jurisdicción según la parte que asuma el rol de demandante, y que se aplicará la legislación que corresponde á esa jurisdicción.

Las soluciones dadas por Thaller y por Lyon Caën y Renault, están en completo desacuerdo con lo que dice el doctor Obarrio; esas soluciones establecen que la jurisdicción y legislación se determinarán, según que, para la parte *demandada* sea el acto civil ó comercial; diciendo sí, que la jurisprudencia francesa ha establecido, que el *demandante* para

quien el acto tiene carácter civil, puede optar ó elegir entre las dos jurisdicciones, lo que tampoco está de acuerdo con lo expuesto por el doctor Obarrio.

ALBERTO JONES BROWN.

(Continuará).

APUNTES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Tomados por Juan A. Cachón en el aula de Derecho Internacional Privado que regentaba el doctor Jorge Sicura)

(Continuación)

Lo mismo debe decirse de la incapacidad que proviene de la edad. Si un menor pudiera domiciliarse en un país cualquiera cuyas leyes lo tuvieran por capaz, se relajaría por este hecho la autoridad de los padres, tutores ó curadores, pues por un acto que el menor no ha podido ejecutar sin el consentimiento de sus representantes legales, vendría á anular la autoridad de éstos poniéndoles en grave conflicto desde que siempre serían responsables por la guarda y conservación de los bienes del menor. Aún en este caso, debe primar la ley del domicilio, única que soluciona jurídicamente estas cuestiones.

5. NACIONALIDAD.—Esta doctrina, así como la del domicilio, cuenta con gran número de sostenedores y puede decirse que entre las dos se dividen las opiniones de los tratadistas. “El sistema de la ley nacional, desconocido en la antigüedad y en la edad media, es sustentado por gran número de autores modernos entre los cuales se cuentan Blunstchli, Weiss, Despagnet, Mancini, Fiore, Martens, Laurent, Rivier,

Pacheco, Pérez Gomar y Calvo.” (1). Lomonaco, Surville, Arthuys, Asser, sostienen también esa doctrina.

Se invocan en favor de este sistema las razones generales en que se apoya la Nacionalidad ya sea cuando se la presenta como fundamento de la ciencia, ya como criterio de solución de los conflictos del derecho internacional privado. Y en el caso especial, tratándose de las cuestiones sobre capacidad de las personas, se hacen valer razones y fundamentos especiales.

Se cree que en este caso la ley nacional es la que mejor contempla el carácter y las condiciones de las personas, factores importantísimos en las leyes sobre capacidad. Las leyes de cada país establecen los límites de la capacidad teniendo en cuenta el medio, el desarrollo más ó menos temprano de las facultades mentales, motivado precisamente por ese mismo medio que puede mantener á las personas más ó menos alejadas de la vida comercial ó industrial; el mayor ó menor grado de instrucción de cada pueblo; factores todos que indiscutiblemente adelantan ó retardan la capacidad de la persona. Siendo esto cierto, dicen, ninguna ley puede regir mejor la capacidad que la ley nacional; y además ¿no sería injusto que un oriental domiciliado en Chile obtuviera recién su capacidad plena á los 25 años, cuando las leyes de su patria se la acuerdan á los 21? La mayor preparación del oriental para la vida de los negocios sería negada si se aplicara la ley chilena, y esta persona sería considerada incapaz cuando se halla revestida de la capacidad más completa.

Otra ventaja presenta la doctrina: señala con gran fijeza la ley aplicable á cada caso, que es la ley nacional, la cual no varía, lo que no sucedería si se aceptara el criterio del domicilio, el de la mera residencia, el del acto jurídico ó otro cualquiera de los que han sido propuestos; con este

(1) Informe del doctor Quintana, Actas, pag. 541.

criterio inmutable el fraude es imposible, pues para averiguar la capacidad de la persona deberá tenerse en cuenta la ley nacional y no otros elementos que, como el domicilio, son variables á voluntad. Consecuencia de esta invariabilidad es otra de las ventajas que señalan los partidarios del sistema: mantiene la dependencia de las personas con las leyes de su patria, evitando que se relajen los vínculos que las unen con el país que las vió nacer, y que el amor á la patria sea sustituido por los lazos de unión con el país en que se hallan radicados.

6. CRÍTICA.—Las críticas que se hacen en general á la doctrina cuando se la presenta como fundamento de la ciencia ó como criterio general de solución, reciben nueva aplicación en este caso especial de la capacidad. Que los derechos y obligaciones del hombre en cuanto se le considera como ciudadano ó como funcionario público sean regidos por su ley nacional, es muy explicable y muy justo, pues esos títulos sólo pueden invocarlos en virtud de la ley patria que se los reconoce. Pero extender el imperio de esa ley á las relaciones de los hombres en cuanto se les considera como formando parte del género humano, es algo que la doctrina nunca ha podido justificar.

En el caso de la capacidad, la doctrina, además de sus inconvenientes comunes, no presenta ningún argumento nuevo que sea aceptable.

La pretendida ventaja que nace de la inmutabilidad de la ley que rige á la persona, es en realidad un inconveniente. Es cierto que el imperio de la ley patria conserva los vínculos de afecto para con el país de origen, mantiene el amor á la patria, etc, pero no hay interés alguno en mantener esta ventaja aparente. En efecto, respecto del individuo domiciliado en país extranjero, hay interés razonable y evidente en sujetarlo á la ley de ese lugar por cuanto es allí donde ha constituido su familia, donde ha formado

su fortuna, es el lugar del asiento de sus negocios, el lugar de su domicilio es al que realmente se halla vinculada la persona, importando poco que sea nacional ó extranjera.

Debe observarse la injusta desigualdad que provendría de la aplicación de la ley nacional, pues las personas de nacionalidades distintas obtendrían la capacidad completa en distintas épocas sin que haya razón atendible que justifique tales diferencias. No es cierto, como lo afirman los partidarios de la nacionalidad, que las leyes sobre capacidad sean las que más contemplan las condiciones de la persona al fijarla en una edad más ó menos temprana; el elemento que determina esa época es la tradición. Las leyes que se inspiran y siguen más de cerca al Derecho Romano, la fijan en los 25 años; otras que podríamos llamar reformistas la fijan en los 20, 21 ó 22 años, de modo que el pretendido argumento carece de base sólida.

Es de notarse las dificultades que nacen para determinar la capacidad con este sistema; hay que recurrir á leyes que en general son desconocidas ó que habiendo sido reformadas, no rigen en determinado momento. Se da también el caso de individuos que han perdido su nacionalidad ó de otros que se han nacionalizado en país distinto; y en este caso, ¿en virtud de qué razones podría pretenderse la aplicación de la ley nacional? Todos los fundamentos de la doctrina fallan en el caso.

7. ACTO JURÍDICO.—Según esta doctrina, no debe adoptarse un criterio único sujetando las cuestiones sobre capacidad á una ley única é igual para todos los casos. Debe tenerse en cuenta el lugar de la celebración del acto jurídico y aplicar la ley de ese lugar á las dificultades que se presentan.

El lugar de la celebración del acto jurídico se encuentra principal y directamente interesado por los actos que celebran las personas; su soberanía, su legislación se halla afectada.

tada, y nada más justo que sea ella quien resuelva los conflictos á que esos actos den lugar, desde que lo contrario sería sustraer injustamente al imperio de esa ley las relaciones que verdaderamente la afectan é interesan.

Por el hecho de contratar en un lugar determinado, las personas se someten si no expresa, tácitamente por lo menos, al imperio de las leyes de ese lugar, cuyas leyes deben observar y respetar; nada más natural que sean esas leyes las llamadas á resolver las dificultades que nazcan entre los contratantes.

Todos los Estados consideran como de interés general la legislación sobre incapaces, y no puede pretenderse que rija ley distinta de la del lugar del acto jurídico, que es la que tutela y salvaguarda los intereses de los incapaces.

8. CRÍTICA.—El criterio que sirve de base á la doctrina empieza por atacar á lo que en materia de capacidad de las personas puede llamarse un axioma: la unidad de la ley á aplicarse sobre la capacidad. La calificación de la capacidad ó incapacidad no puede ser variable; una vez establecida, debe ser respetada en todas partes, teniendo en cuenta que sólo hay una ley que puede jurídica y razonablemente dar tal calificación: la ley del domicilio. Se ha visto, en el número 4, que es ésta la ley llamada exclusivamente á regir la calificación de capacidad, por las razones allí expuestas; la doctrina del acto jurídico tiende á establecer una calificación particular respecto de cada caso especial, lo que es inadmisibles. El loco declarado así por la ley de su domicilio es incapaz en todas partes; á este respecto esa calificación tiene carácter y efecto extraterritorial, porque es el lugar del domicilio el único donde puede establecerse con acierto el estado de capacidad mental de una persona. Es, pues, inadmisibles en absoluto, pretender que la calificación de capacidad quede librada á una ley que no puede establecer con certeza si un individuo es ó no capaz. Y respecto

de la edad, hay como un derecho adquirido por la ley del domicilio, á ser considerado capaz fuera de ese lugar, cuando su legislación ha consagrado la capacidad de una persona.

No se ha demostrado, porque la demostración es imposible, que en los actos jurídicos lo esencial sea la celebración; resultará, por el contrario, que es lo esencial su cumplimiento ó ejecución. ¿Y siendo esto así, cómo se pretende someter á la ley del acto jurídico la calificación de la capacidad?

Tal vez fuera más razonable admitir el régimen de la ley del lugar de su ejecución, evidentemente más interesada que la del lugar de celebración.

Es inexacto que desde el momento de la contratación haya un sometimiento á la ley del lugar del acto; el lugar de la celebración es indiferente; puede ser elegido arbitrariamente, puede depender de la casualidad. Lo que las partes tienen en cuenta es el cumplimiento del acto, es su ejecución, y es obvio que sea la ley de ese lugar la que hayan tenido en vista las partes al celebrar el contrato.

Una ley variable tanto como varien los actos de la vida civil, que depende muchas veces del azar, y que generalmente no tiene relación con la naturaleza y esencia del acto jurídico, no puede ser la que rija la capacidad de las personas.

9. CRITERIO DOBLE: EL DOMICILIO Y LA NACIONALIDAD.—Este sistema resuelve en general las cuestiones sobre capacidad por la ley nacional, y en aquellos casos en que la nacionalidad se hubiere perdido ó fuere de difícil averiguación, en una palabra, cuando el criterio de la nacionalidad no sea capaz de resolver el conflicto, se aplica la ley del domicilio.

Pretenden sus sostenedores que por este sistema es posible aprovechar todo lo bueno que tienen los sistemas del domicilio y de la nacionalidad, al propio tiempo que, por medio de esa asociación, se evitan los defectos que cada uno de ellos presenta cuando se les formula por separado.

10. Una variante del sistema anterior, que combina la nacionalidad con el domicilio, establece como regla general la ley del domicilio. Pero si los elementos constitutivos del domicilio llegan a faltar, ó si una persona tiene establecidos dos domicilios, ó bien en el caso de que en el país donde se verifica el acto se permita la aplicación de leyes extranjeras, en esos casos se aplica la ley nacional.

11. CRÍTICA. — Refiriéndose al sistema que combina la nacionalidad con el domicilio, dice Quintana (1) en su informe: "fusión incoherente de la nacionalidad con el domicilio, aunque propuesta por el Instituto de Oxford, ha sido unánimemente rechazada sin discusión." No puede ser de otro modo, desde que los sistemas expuestos adoptan en cada caso un criterio único, ya sea la nacionalidad, ya el domicilio; en cada caso se formulan las mismas objeciones con que se ataca á cada sistema cuando se presenta por separado, existiendo en el caso otro inconveniente, que es el de la unión de ambos elementos que en lugar de beneficiar, perjudica la combinación.

12. SISTEMA DE ZACHARIE. — A pesar de lo absurdo del sistema que aplica la ley del Tribunal que juzga á las cuestiones de Derecho Internacional Privado, teoría que parece ideada precisamente para negar la existencia de la ciencia, Fiore lo recuerda al tratar la capacidad de las personas, exponiéndolo en los términos siguientes: "Ha habido también autores que, partiendo del principio general de que los jueces deben observar las leyes de su nación en la decisión de las controversias (Zachariae, Curso de Derecho civil francés, § 31), han dicho que para decidir sobre la validez de los actos jurídicos, debe aplicarse la ley del lugar en que se produce el litigio. Estos mismos autores se apoyan también en la razón de que es prácticamente imposible, ó por lo menos difícil, que los jueces conozcan las legislaciones

(1) Actas, p. 543.

"de todos los países y que se presten á aplicarlas. Admitimos que los jueces no tengan la obligación de conocer todas las legislaciones; pero cuando la parte interesada invoca la aplicación de la ley á que se halla sometida, el juez no debe negarse á hacerse cargo de ella y á aplicarla. No se convierte por esto en agente de un legislador extranjero; no es el agente de ningún soberano, sino un ministro de la justicia que ejerce su poder subordinando los hechos á las máximas de derecho" (1).

13. DOCTRINA DE FREITAS: DISTINCIÓN ENTRE LAS CAPACIDADES DE HECHO Y DE DERECHO. — El sistema de Freitas se encuentra expuesto en sus obras sobre codificación del derecho civil. Para Freitas, "la capacidad civil es de *derecho* ó de *hecho*. Consiste la *capacidad de derecho* en el grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos ó ejercer por sí ó por otro actos que no le sean prohibidos" (2).

"Consiste la *capacidad de hecho* en la aptitud ó grado de aptitud de las personas de existencia visible para ejercer por sí los actos de la vida civil" (3).

"Aquellas personas á quienes se prohíbe la adquisición de ciertos derechos ó el ejercicio de ciertos actos por sí ó por otros, son *incapaces de derecho*, esto es, de esos derechos y de esos actos prohibidos" (art. 23).

"Aquellas personas que, por imposibilidad de obrar, física ó moral, ó por su dependencia de una representación necesaria, no pueden ejercer actos de la vida civil, son *incapaces de hecho*" (4).

"La capacidad ó incapacidad, en cuanto á las personas *domiciliadas* en cualquier sección del territorio del Brasil, sean nacionales ó extranjeras, serán juzgadas por las leyes

(1) Fiore, Derecho Internacional Privado, t. 1, n.º 49.

(2) Freitas, op. cit., art. 21, p. 27 y 28.

(3) A. Teixeira de Freitas, Código Civil (Esbozo, 1899), art. 21, p. 23.

(4) Freitas, op. cit., art. 22, p. 29.

" de este Código; aun cuando se trate de actos practicados en país extranjero ó de bienes existentes en país extranjero " (1).

" La capacidad ó incapacidad, en cuanto á las personas domiciliadas fuera del Brasil, bien sean extranjeras ó nacionales, serán juzgadas por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos practicados en el Imperio ó de bienes existentes en el Imperio " (2).

" La capacidad ó incapacidad de derecho será siempre juzgada por las leyes de este Código " (3).

Al hablar de las capacidades de derecho, dice Freitas:

" Consiste la capacidad de derecho en el *grado de aptitud*...

" No digo *aptitud* porque no hay persona sin capacidad de derecho, por grande que fuese el número de las prohibiciones del Código. De esta manera, la *capacidad de derecho* envuelve siempre una idea relativa, zún respecto de cada persona, puesto que todas las personas son capaces de derecho en cuanto á lo que el Código no les prohíbe, y al mismo tiempo incapaces de derecho en cuanto á lo que se les prohíbe " (4).

En la nota al artículo 26 (p. 30), afirma que " es el *domicilio* y no la nacionalidad lo que determina la sede jurídica de las personas para que se sepa cuáles son las leyes civiles que rigen su capacidad ó incapacidad ", y en la p. 33 agrega que " la nacionalidad no influye en la aplicación de las leyes sobre la capacidad ó incapacidad, siendo nuestro *critério* el domicilio y no la nacionalidad como en el Derecho Francés ". Al tratar el artículo 27, dice p. 34, que " resulta una reciprocidad perfecta respecto de los extranjeros que no tienen su domicilio en el Brasil " (5).

(1) Freitas, op. cit., art. 27, p. 27. (2) Freitas, op. cit., art. 27, p. 27. (3) Freitas, op. cit., art. 29, p. 34. (4) Freitas, op. cit., p. 24.

(5) Freitas diseña también su doctrina en sus obras: *Consolidação das Leis Civis* (ed. 3.ª, 1876, p. 563, art. 263, nota 1) y en el *Promptuario das Leis Civis*, 1876, 7.ª, Incapacidade p. 330.

14. **CRÍTICA.**—Todo el mecanismo de la doctrina consiste en la distinción entre las capacidades de hecho y de derecho. Según resulta de los artículos transcriptos, son incapaces de hecho los menores y los locos, sujetos á tutela ó curatela; las incapacidades de derecho se refieren á determinada clase de personas respecto de las cuales el Código prohíbe la ejecución de ciertos actos, p. ej. los tutores, curadores, administradores, mandatarios, que no pueden comprar bienes de sus pupilos ó comitentes.

(Continuará).

REVISTA DE REVISTAS

Revue critique de Legislation et de Jurisprudence (Paris, Febrero de 1903).

Esta importante revista francesa trae, en el número 2 del año que corre, un material lleno de interés. El primer artículo es un estudio doctrinal sobre *Jurisprudencia Administrativa*. Su autor, Marcel Moye, muestra en dicho estudio gran caudal de conocimiento y exactitud de criterio.

He aquí lo que trata el artículo: I. Legislación de Alger. Poderes Legislativos del Presidente de la República. II. Trabajos públicos. Competencia judicial en caso de falta personal del empresario. III.

Consejo de las Universidades. Extensión de sus poderes y control del Consejo de Estado.

IV. Legislación de los mayrazgos. Papel excepcional del Consejo de Estado.

Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid, Noviembre y Diciembre de 1902).

La última entrega del tomo 101 de esta publicación, que dirige el reputado tratadista don José María Manresa y Navarro, nos presenta un sumario de primer orden.

De los muchos y buenos artículos que la *Revista General* trae, haremos una brevisima

reseña del titulado "La distinción del Derecho Natural y Positivo". El articulista, señor Francisco Lorenzo Rivera, nos declara que se propone señalar los más notorios caracteres de la concepción del derecho natural puramente abstracto, siguiendo las teorías de Aristóteles, Santo Tomás y Kant. En el número de la revista que tenemos delante expone la teoría de Aristóteles.

Para este filósofo, dice, no es natural cuanto se da en el mundo; además de la naturaleza existe en el orden social y humano otra causa de determinaciones de hecho, y esta es la voluntad del ser racional y libre. Existe, agrega más abajo, una justicia *natural* que pertenece al orden de la naturaleza, y otra *legal* ó puramente humana, en el orden de la voluntad. Nos explica el alcance que Aristóteles da á dichos términos, y que éste encuentra su elemento común y permanente en el análisis de las instituciones y costumbres de diversos países. Integran la producción del acto justo tres factores psicológicos: la razón,

los sentimientos é instintos y la voluntad. Después de desarrollar el alcance de estos principios, el articulista nos presenta en sus detalles la teoría aristotélica; explica á su entender, el alcance de ésta; hace algunos paralelos y concluye con estas palabras: "No se nos oculta que nada quizá de todo esto pasó por la mente de Aristóteles; pues apenas si inicia la teoría en los dos pasajes citados de la Moral y de la Retórica, únicos, que nosotros sepamos, en que se refiere á ellas."

La España Moderna (Enero 1.º de 1903, Madrid).

Es, á no dudarlo, *La España Moderna* una de las publicaciones en lengua castellana, más interesante, por lo nutrido del material, cosa que se debe al cuidado que pone su director el señor Lázaro en seleccionar los trabajos que bajo su responsabilidad aparecen.

En este número encontramos un estudio de suma importancia, original de Manuel de Unamuno y cuyo título es *Contra el purismo*.

Comienza el articulista por hacer una crítica, bien fundada, á los escritores españoles, que dan una importancia extrema, no á la forma literaria, sino á la gramática, á esa gramática deificada por los académicos, á cuyo amparo han hecho de la lengua castellana, un idioma insustancial, raquítico y *charlatanesco*.

Y á este respecto cita un párrafo de Spencer que cae justo en la llaga:

"Hablando no sé donde Spencer de la superstición lingüística, recuerda aquellos indios que al ver las maravillas del arado lo pintarrajearon para colgarlo y hacer de él un fetiche á que rendir culto. Y ésto lo dice Spencer á propósito del fetichismo lingüístico".

Dice luego que dada la barrera interpuesta por los hombres de letras para negar entrada á cualquier galicismo, italianismo ó neologismo, el español resulta hoy una lengua pobre é incapaz de expresar ideas filosóficas y pensamientos con base científica.

El señor Unamuno cree sin-

ceramente, y hasta desafia á cualquier traductor á que sea capaz de expresar en lengua española pura, las ideas psicológicas expuestas por Wunt, James y otros hombres de ciencia, siendo siempre el traductor fiel al concepto expresado por el autor.

Creemos nosotros también, como Unamuno que á la lengua española hay que engrandecerla y ensancharla, en contra de las ideas sostenidas hasta hoy por la mayor parte de los escritores de la península.

Termina el autor con el siguiente párrafo, lleno de verdad y al que se debe tomar muy en cuenta aquí en el Uruguay, donde vivimos convencidos que el arte literario debe ser á base gramatical.

"De lo que hay que huir es de la insinceridad y de la mentira. Si sientes algo que te escarabaja dentro pidiéndote libertad, déjalo correr tal y como brote. Que hagan de filtro los que te escuchen ó te lean. Y si alguien te lo atribuyere á pose ó creyere que no eres dueño de tí mismo, ten piedad

de él, porque tiene ojos y no ve”.

Revista Jurídica y de Ciencias Sociales — (Enero y Febrero, de 1903, Buenos Aires).

EL DELITO DE LOS ALIENADOS Y DE LOS SIMULADORES DE LA LOCURA, por José Ingegneros.

El artículo del doctor Ingegneros, es demasiado extenso para que en una monografía pueda dar cuenta adecuada el cronista á sus lectores.

Nos limitaremos tan sólo á aconsejar su lectura. La importancia del tema y la preparación del autor, bastarán para que el trabajo sea leído atentamente por los estudiosos de América.

Creemos que su valor científico está fundado principalmente en la erudición del articulista y en las espléndidas observaciones que el mismo ha hecho en el Hospicio de la Merced, uno de los establecimientos mejor montados del Río de la Plata.

Felicitamos vivamente á los directores de la publicación, por las otras colaboraciones,

de cuya bondad nos hemos dado cuenta exacta.

Vida Moderna (Febrero de 1903, Montevideo).

El sumario de *Vida Moderna* es interesante.

Adalberto Soff publica un trabajo titulado “El arte teatral en Montevideo”.

El estilo del autor, como siempre, nos resulta pobrísimo, lleno de ingenuidad artística, puramente escolástico.

Las ideas no son del todo malas ni completamente buenas. Hay inadvertencias, exageraciones, y se nota además pobreza de gusto.

Las apreciaciones son gacetilleras, hechas á cliché, de un novicio, con aspiraciones á cronista de segundo orden.

Perdonarán nuestros lectores que no transcribamos un párrafo, por lo menos, pero sabremos disculparnos, advirtiéndole que todo en este autor es *agua tibia, unguento del mismo tono* y con igual espesor, algo así como decía un cronista madrileño: “Ni fu, ni fa”.

H. A. B.