

LA EQUIDAD EN LAS NOTAS DEL CODIGO DE VÉLEZ SARFIELD. SUS FUNDAMENTOS ROMANOS

MARÍA ELENA BAZÁN
GRACIELA LILIANA FERNÁNDEZ
LAURA LILIANA MÍCIELE
Universidad Nacional de la Rioja
Córdoba, República Argentina

I. INTRODUCCIÓN

1. Desde hace tiempo viene trabajando en el Departamento de Derecho Civil de nuestra Facultad de Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba el "Equipo de Seminario de Derecho Romano", bajo la dirección del profesor consulto ex titular de la cátedra de Derecho Romano, Dr. Humberto Vázquez.

La principal línea de investigación que tiene entre manos procura desde seis años a esta parte, desentrañar y explicitar las fuentes romanas indicadas por el codificador Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, al componer sus "notas" a los artículos del Código Civil argentino. Al mismo tiempo, traducir al castellano más de 300 expresiones latinas que, ya sea como meras locuciones, apotegmas, brocárdicos o transcripción de textos del *Corpus Iuris Civilis*, nunca han sido traducidas sistemáticamente, a más de 121 años de la vigencia del Código.

2. Las "notas", es cierto, no forman parte del Código Civil, pero constituyen su fundamento, la *ratio*. El precepto del artículo quedaría mutilado sin la fundamentación de la "nota"; de allí que aparezcan siempre incluidas en las distintas ediciones del Código Civil desde su primera impresión tipográfica.

Las "notas" puestas por el Codificador a los artículos de su Código –se dijo con mucha razón en el congreso internacional en homenaje a Vélez Sársfield ce-

* Ponencia expuesta en el VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, que se celebró en Santiago de Chile, los días 3 a 5 de septiembre de 1992. El congreso fue organizado por las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica de Valparaíso y contó con el patrocinio del Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano (Sassari, Italia), apoyado por el Centro Nazionale delle Ricerche (Italia).

lebrado en Roma en el año 1986— constituyen el primer tratado de Derecho Civil. Sin embargo, esas “notas” no son siempre inteligibles porque el Codificador les puso algunos textos en un idioma de ilustrados —el latín— que no todos entienden, o estableció “concordancias” con otros cuerpos jurídicos a través de signos cabalísticos sólo asequibles a estudiosos del Derecho Romano o de la Historia del Derecho; y también porque no explicitó las “citas” y “concordancias” a fin de no ser extenso y sólo las dejó señaladas para que el estudioso, el que habría de profundizar el tema, las desentrañase.

3. Esta línea de investigación emprendida pretende colmar ambos vacíos. Se iluminará así la norma contenida en el artículo con nuevos resplandores; se ensanchará la interpretación con nuevos textos que el Codificador dejó en la penumbra, pero tuvo presente y le dieron fundamento para alumbrar el artículo.

Textos silentes por largo tiempo comenzarán a escucharse para un nuevo punto de vista, para una comprensión más ancha o más estrecha. El juez que falla en el pleito encontrará otros argumentos para su sentencia; podrá alegarlos el abogado en sus escritos; la doctrina jurídica se enriquecerá con un plexo de textos e interpretaciones que antes no pudieron valorarse.

La investigación se viene cumpliendo tardígradamente en etapas prefijadas, en un tiempo heurístico, un tiempo crítico y un tiempo de síntesis.

4. Ello, no obstante, esta convocatoria del VIII congreso latinoamericano de Derecho Romano, que incluye en su rico temario la referencia a la Equidad y a los Principios Generales del Derecho, nos ha motivado para anticipar una muestra de nuestro trabajo que pesquisa sobre el valor Equidad buceando en las densas notas del Código Civil, con una progenie decisiva en el Derecho Romano. Rescatar al mismo tiempo y comunicar una cita latina trunca en el corazón del artículo 789 del Código Civil en el que Vélez Sársfield proclamó: “El gran principio de equidad de los romanos...”

II. LA EQUIDAD EN EL ARTICULADO DEL CÓDIGO

1. El Código de Vélez tan sólo hacía mención de la equidad, dentro del articulado en dos preceptos: en el art. 515 al caracterizar las obligaciones naturales:

Artículo 515: Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento. Naturales son las que, fundadas sólo en el derecho natural y en *la equidad*, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas, tales son...

Y en el artículo 1825 al referirse a las donaciones remuneratorias:

Artículo 1825: Las donaciones remuneratorias deben considerarse como actos a título oneroso, mientras no excedan una *equitativa* remuneración de servicios recibidos.

Pareciera magra la cosecha dentro de los 4051 artículos. Pero nuestro código tiene el soporte incuestionable de sus notas; y en 17 de ellas, prietas de fuentes romanas, aparece decisiva la referencia a la equidad para conformar la razón y el sentido del artículo.

Expondremos uno a uno los artículos de manera progresiva y transcribiremos a su pie la pertinente nota a fin que esplenda lujosamente el acopio de erudición jurídica del codificador.

En el caso del artículo 789 haremos la transcripción directamente desde los manuscritos, por mostrar el proceso ideador.

III. LA EQUIDAD EN LAS NOTAS

1. Artículo 512: La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar.

512: Las leyes de Partidas reconocen tres especies de culpas: grave, leve y levísima. El Derecho Romano no reconocía en verdad sino las dos primeras.

Si la utilidad es común para deudor y acreedor se presta sólo la culpa leve. Si únicamente es de utilidad para el acreedor, el deudor presta sólo la culpa grave, pero si es de utilidad sólo para el deudor, éste presta la culpa levísima. El tipo que se tomaba para la graduación de las culpas era el buen padre de familia, más o menos diligente. Pero toda esta ciencia de nada servía al juez, cuando en los juicios era preciso aplicarla. Barbeyrac lo había juzgado así y decía: “La división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella, será necesario a cada culpa que ocurra, poner en claro si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención al obligarse, cuáles son todas las circunstancias del caso. Cuando la conciencia del juez se halle convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme a la *equidad*. La teoría de la división de las culpas en diferentes clases, sin poder determinarlas, sólo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo a innumerables contestaciones”.

Zachariae dice también, respecto a ésto: “La teoría de la prestación de las culpas es una de las más oscuras en el derecho. Pero en fin, ya no es permitido hablar ni de culpa lata, ni de culpa leve, ni de culpa levísima. Sin duda hay culpas, que por razón de las circunstancias, de la posición de las partes respecto a las obligaciones especiales que le son impuestas, son más graves o más ligeras las unas que las otras, pero no hay culpa que considerada en sí misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, puede ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como culpa grave, como culpa leve o como culpa levísima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razón de su imputabilidad, es decir, con la circunstancia en las cuales ellas se produce. Donde no hay un hecho legalmente imputable, no hay culpa. Si se conviniese clasificar las culpas en abstracto, comparándolas con tipos imaginarios e igualmente abstractos, sería siempre preciso en la práctica considerarlas en concreto: tener siempre presente el hecho, y seguir los datos positivos del negocio, para determinar la existencia e importancia de las culpas, y entonces las divisiones teóricas son más bien un embarazo que un socorro. La sola ley es la conciencia del juez. Si por una reminiscencia de las antiguas denominaciones, el código toma por término de comparación de los cuidados que in-

cumben al que está obligado de velar por la conservación de una cosa, la diligencia de buen padre de familia, no ha querido sin duda mantener una clasificación que excluyen los términos de los artículos, cuando no hay un tipo conocido, al cual pueda referirse y medir por el de las diligencias que hace un buen padre de familia. El artículo del código se reduce a un consejo a los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables, debidos a la cosa que está encargado de conservar, sea en razón de la naturaleza de ella, sea en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta”.

2. Artículo 530: La condición de una cosa imposible, contraria a las buenas costumbres, o prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación.

530: Aubry y Rau, § 308, explican muy bien las condiciones de que trata este artículo.

Las condiciones imposibles tienen una íntima analogía con las prestaciones imposibles, y lo que diremos respecto de éstas, debe aplicarse a las condiciones.

En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas. La condición, por ejemplo, impuesta a un donatario de no emplear lo que se le deba en libertar a su padre preso por deudas, se tendría por no escrita, porque ella tendría el efecto inmediato de inducir a un hijo ingrato a faltar a sus primeros deberes. La ofensa a las buenas costumbres debe ser el efecto inmediato y cierto de la condición. Cuando la condición por sí misma no ofende a las buenas costumbres, pero, sin embargo, da lugar a temer que sea ocasión a faltar a sus deberes, a quien se impone, tal condición no entra en la prohibición del artículo, porque la *equidad* enseña que las acciones de los hombres deben juzgarse por lo que les sea personal y no por el hecho de otro. El ultraje a las buenas costumbres debe encontrarse en la voluntad del que impone la condición, para que ella deje sin efecto el acto. Si su intención es pura e inocente, la condición vale, aunque sea un medio para que la otra parte falte a los deberes civiles o religiosos. Véase Chardon. “Del dolo y fraude”, t. 3, p. 365.

3. Artículo 571: El deudor de la obligación que ha pagado antes del plazo no puede repetir lo pagado.

571: En cuanto a la primera parte: Cód. francés, art. 1186, y los demás códigos de Europa. L. 32, tit. 14, Part. 5a. L. 16 y sigts. tít. 6, lib. 12, Dig. En cuanto a la segunda: Marcade, sobre el artículo 1186 dice lo siguiente: “Nuestro artículo equivale a rehusar la repetición absolutamente y sin distinción, entre aquel que ha pagado libremente con conocimiento de causa y el que lo ha hecho ignorando el término de la obligación. No vacilamos en responder que no. La decisión contraria sería evidentemente opuesta, no sólo los principios de *equidad*, sino al espíritu general de nuestro derecho moderno y a la intención de los redactores del artículo. Si a la muerte de mi padre me encuentro con un testamento que me manda a pagar a Pablo inmediatamente veinte mil francos, y después de haberlos pagado descubro un segundo testamento que me concede dos años para pagar veinte mil francos, ¿no es claro que he proporcionado al acreedor una ventaja mayor que la que en realidad le era debida? En el Cuerpo Legislativo el orador del gobierno

decía sobre este artículo: que si el deudor hubiese “libremente” hecho el pago con anticipación no sería justo autorizarlo a demandar la repetición”.

4. Artículo 641: Cuando la elección fuere dejada al acreedor, y una de las cosas se hubiese perdido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar, o la cosa que ha quedado, o el valor de la que se ha perdido. Si se han perdido las dos por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar el valor de la una o de la otra. Lo mismo se observará si las prestaciones que comprende la obligación no fuesen de entregar cosas, estimándose entonces por el juez el valor de la que, elegida por el acreedor, no puede prestarse.

641: Cód. francés, art. 1194; napolitano, 1147; holandés, 1312; sardo, 1284. L. 95, Dig., “De solut”. La aplicación de las reglas sobre la prestación de la culpa y del caso fortuito en las obligaciones alternativas según el Derecho Romano, presenta algunas soluciones interesantes: si una de las cosas ha perecido por caso fortuito, la obligación viene a ser pura y simple, es decir, que el deudor está obligado a dar la otra. (L. 34, tít. 1, Lib. 18, Dig.). Si es por culpa del acreedor que una de las cosas ha perecido, el deudor que tiene la elección puede tenerse por libre de la obligación, o bien, dar la cosa que queda, y demandar el valor de la cosa que ha perecido, por culpa del acreedor. L. 105, tít. 1, lib. 145, Dig. Si en este último caso la elección pertenecía al acreedor, la pérdida de la cosa trae la liberación del deudor (Cita anterior y L. 95, tít. 3, lib. 46, Dig.). Si las dos cosas han perecido, es preciso distinguir: si ambas han perecido por caso fortuito, el deudor queda libre de la obligación. L. 31, § 6, tít. 1, lib. 18, Dig. Si la primera de las cosas prometidas ha perecido por caso fortuito, y la otra por culpa del deudor, éste está obligado por el valor de la última. L. 95, § 1, tít. 3, lib. 46 Dig. Si la primera ha perecido por culpa del deudor, y la otra por caso fortuito, el Derecho Romano, prescindiendo de los principios estrictos, da al acreedor, por motivos de *equidad*, una acción de dolo para demandar el valor de la cosa que había perecido la última. Si las dos cosas han perecido por culpa del acreedor, el deudor puede reclamar el valor de la que quiera (L. 55, tít. 2, lib. 9, Dig.), a no ser que el acreedor no tuviese la elección, porque en este caso el deudor no podría demandar sino el valor de la última que hubiese perecido. L. 95, tít. 3, lib. 46, Dig. Si la primera ha perecido por culpa del acreedor, y la otra por caso fortuito, el deudor es libre y puede demandar el valor de la primera. L. 55, tít. 2, lib. 9, Dig.

5. Artículo 784: El que por un error de hecho o de derecho se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió.

784: LL. 28 y sigts., tít. 14, part. 5a., L. 7, tít. 6, lib. 12, Dig. Institut., tít. 28, lib. 3, § 6. Véase los arts. 1376 y 1377 del Cód. francés que hablan tanto del acreedor como del deudor. Los siguen los demás códigos publicados. En esos códigos no se distingue si la entrega se ha hecho por un error de hecho o por un error de derecho, y esto ha originado una grave cuestión entre los jurisconsultos franceses. Toullier, t. 11, núms. 60 y 61, y Zachariae, t. 3, ps. 183 y 185, fundados en el Derecho Romano, sostienen que el que paga por un error de derecho no tiene repetición, porque tal error no puede alegarse. Pero el principio de *equidad*, dice *marcade*, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enrique-

cerse con lo ajeno y que un supuesto acreedor se quede con una suma o con una cosa que no se le debía, o que no se la debía el que la entrega. Cuando a él nada se le debe, es indudable que no puede apoyarse en el error ajeno; cuando es verdadero acreedor, y otro, por un error de derecho, le hace el pago, la repetición no le priva de cobrar lo que le daba el verdadero deudor. Un legatario, por ejemplo, que errando en el derecho cree que debe pagar una deuda del testador, y la paga en efecto, no le priva al acreedor, por la repetición que ejerza, cobrar lo que le debe el verdadero deudor.

6. Artículo 859: La transacción puede ser rescindida por el descubrimiento de documentos de que no se tuvo conocimiento al tiempo de hacerla, cuando resulta de ellos que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso.

859: Cód. francés, art. 2057, sardo 2096; holandés, 1900; de Luisiana, 3050. Zachariae, § 769. En contra: L. 19, tít. 4, Lib. 2, cód. romano: "Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam recindi, jura non patiuntur" Lo mismo el cód. de Austria, art. 1387, que dispone así: "El descubrimiento de nuevos títulos no invalida la transacción si es de buena fe" Lo mismo Goyena, art. 1728, fundado en las leyes que declaran que las sentencias no se revocan por instrumentos nuevamente hallados, y que las transacciones tienen la autoridad de la cosa juzgada. En el conflicto de estas autoridades adoptamos la doctrina del cód. francés, porque en justicia y en *equidad* nada pierde por la anulación de la transacción el que no tenía en verdad derecho para recibir lo que por ella se le hubiese dado o reconocido, aunque pudiera fundarse en el derecho estricto de los contratos.

7. Artículo 2284: Si antes de llegado el plazo concedido para usar de la cosa prestada, sobreviene al comodante alguna imprevista y urgente necesidad de la misma cosa, podrá pedir la restitución de ella al comodatario.

2284: Cód. francés, art. 1889; napolitano, 1761; de Luisiana, 2878. Pont sobre los arts. 1888 y 1389. Heinecio dice: "Aequitas suadet ut si ipse commodans re sua indigest, ille commodatario preferatur". Instit., § 798.

8. Artículo 2431: El poseedor de buena fe no responde de la destrucción total o parcial de la cosa, ni por los deterioros de ella, aunque fuesen causados por hecho suyo, sino hasta la concurrencia del provecho que hubiese obtenido, y sólo está obligado a entregar la cosa en el estado en que se halle. En cuanto a los objetos muebles de que hubiese dispuesto, sólo está obligado a la restitución del precio que hubiera recibido.

2431: Consecuencia de la regla 137, Dig. "De reg iuris", y L. 45, tít. 1, lib. 6, Dig. Una ley romana da la razón de la disposición principal del artículo. "quia cuasi suam rem neglexit nulli querellae antepetitam haereditatem subjectus est". L. 31, § 3, tít. 3, lib. 5, Dig. Otra ley del mismo código dice: "El Senado ha querido proveer con *equidad* a la suerte de los poseedores de buena fe, de manera que no le sea imputado ningún daño hecho en la cosa, y que por otra parte ellos no puedan enriquecerse reteniendo parte alguna de la cosa de que sufran una evicción. Así, cualesquiera que sean los gastos que ellos hubiesen hecho en los bienes de la sucesión de que estaban en posesión, todo lo que ellos hubiesen disipado o perdido en la opinión en que estaban de que abusaban de sus propios bienes, no se les

puede tomar en cuenta ni hacerles cargo alguno. Aunque hubiesen donado los bienes de la herencia para recompensar a alguno por obligaciones que tenían, no se juzgará que se han enriquecido con esos bienes; pero si hubiesen recibido presentes en reconocimiento de sus liberalidades, serán considerados haberlos enriquecido, como una especie de cambio, y esos objetos deben ser restituidos". L. 25, § 11, tít. 3, Lib. 5, Dig. Véase Aubry y Rau, § 219, Letra c. Proudhon, "Dominio Privado", t. 2, núms. 569 y sigts. Duranton, t. 4, núm. 366.

9. Artículo 2551: Se entiende por tesoro todo objeto que no tiene dueño conocido, y que está oculto o enterrado en un inmueble, sea de creación antigua o reciente, con excepción de los objetos que se encuentren en los sepulcros, o en los lugares públicos, destinados a la sepultura de los muertos.

2251: L. 45, tít. 28, Part. 3a. Aubry y Rau § 201. Duranton, t. 4, núm. 311. Proudhon, "Dominio Privado", núm. 398. Zachariae, § 294 y nota 7. La ley romana es la fundamental en la materia. La Instituta dice: "El Emperador Adriano siguiendo la *equidad* natural, ha querido que los tesoros pertenezcan al que los hubiese encontrado en su fundo. Ha querido también que pertenezcan al que los hubiese encontrado en un lugar religioso o sagrado; pero respecto de aquellos tesoros que se encuentran en un fundo ajeno por casualidad, y sin haberlos buscado, los ha dividido entre el propietario del fundo y el que los hubiese encontrado. Ha ordenado que si alguien encuentra un tesoro en un fundo del dominio imperial, la mitad pertenezca al inventor y la otra mitad al Emperador; y por esto, si alguno encuentra un tesoro en un fundo perteneciente al fisco, al pueblo o a una villa, la mitad será para el que lo hubiese hallado, y la otra mitad pasará al dominio del pueblo, o de la villa, al cual el fundo pertenezca". (Lib. 2, tít. 1, § 39).

10. Artículo 2567: Adquiérese el dominio por la transformación o especificación, cuando alguien por su trabajo hace un objeto nuevo con la materia de otro con la intención de apropiárselo.

Artículo 2568: Si la transformación se hace de buena fe, ignorando el transformador que la cosa era ajena, y no fuere posible reducirla a su forma anterior, el dueño de ella sólo tendrá derecho a la indemnización correspondiente.

Artículo 2569: Si la transformación se hizo de mala fe, sabiendo o debiendo saber el transformador que la cosa era ajena, y fuere imposible reducirla a su forma anterior, el dueño de la materia tendrá derecho a ser indemnizado de todo daño, y a la acción criminal a que hubiere lugar, si no prefiriese tener la cosa en su nueva forma, pagando al transformador el mayor valor que hubiese tomado por ella.

Artículo 2570: Si la transformación se hizo de buena fe y fuere posible reducir la cosa a su forma anterior, el dueño de la materia será dueño de la nueva especie, pagando al transformador su trabajo; pero puede sólo exigir el valor de la materia, quedando la especie de propiedad del transformador.

2567 al 2570: sobre los cuatro artículos anteriores Maynz, § 185. L. 33, tít. 28, Part. 3a. La razón de los dos primeros artículos, la tomamos de las leyes romanas. La cosa transformada se juzga haber perecido, como cuando de las uvas ajenas se hace vino, y por consiguiente, se ha extinguido el derecho de propiedad que se tenía en ella. El especificante, pues, hace un acto de ocupación. Una ley del Digesto dice: "Sed si meis tabulis navem fecisse tuam navem esse, quia

cupressus non maneret, sicuti nec lana, vestimento facto". L. 26, Dig. "De adq. rer. dom." Otra ley dice: "Nam mutata forma, prope interimit substantiam rei". L. 9 § 3, tft. 4, lib. 10, Dig. Pero siguiendo estrictamente estos principios, se llegaría a algunos casos a la injusticia. La *equidad* es la que debe dirigir la resolución de los jueces. El Derecho Romano y el Derecho de las Partidas no daban ninguna indemnización al especificante de mala fe. Nosotros no le concedemos el derecho sino al mayor valor que hubiese adquirido la cosa por su trabajo, por el principio moral que nadie debe enriquecerse con el trabajo ajeno.

Puede decirse que existe hasta hoy sobre la especificación, la controversia entre las escuelas de los Sabinianos y Proculeyanos. Estos últimos enseñaban que la materia era un accesorio de forma, pues que la materia primera había perecido civilmente; y que el ser nuevo que el trabajo había producido, debía pertenecer al creador, al especificador. Los Sabinianos, al contrario, decían que la materia debía triunfar sobre la industria, ya porque la materia existía, siempre, y la nueva forma que ella había afectado no había hecho más que modificarla sin destruir su sustancia, ya porque la materia era en todos los casos lo principal o ya porque la forma no tenía una existencia propia e independiente.

Justiniano procuró resolver la cuestión, y no hizo sino crear otras nuevas. La Instituta dice que si el nuevo objeto puede tomar la primitiva forma de la materia, pertenece al dueño de la materia, lo que importa hacerle dueño contra su voluntad. Que si el objeto nuevo no puede tomar la primitiva forma pertenece al especificante. En todo caso, vendrá a ser éste el propietario, si ha empleado parte de otra materia que le pertenecía, lo que destruye el principio general que acababa de establecer.

El Cód. francés en los arts. 570 y 571 resuelve: "que el dueño de la materia "puede" reclamar la nueva especie, satisfaciendo al otro el valor de su trabajo, a no ser que éste sea muy superior al valor de la materia, en cuyo caso la materia accede al trabajo indemnizando al dueño de ella de su valor". Lo mismo dispone el Código de Nápoles, arts. 495 y 496. El de Luisiana, arts. 517 y 518. El de Holanda declara que el que ha empleado materia ajena en formar una cosa de una nueva especie, puede apropiársela, pagando el precio de la materia, y los daños e intereses, art. 661. Tal resolución no distingue si ha habido mala o buena fe en el especificante.

Goyena, en el art. 424, proyecta así: "Si la materia es más preciosa que la obra en que se emplea o superior en valor, el dueño de ella tendrá la elección de quedarse con la nueva especie indemnizando el valor de la obra, o de pedir indemnizaciones por la materia. Si la especificación se hizo de mala fe, el dueño de la materia tiene derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al que la hizo, o de exigir de éste que lo indemnice del valor de la materia y de los perjuicios que se le han seguido".

En la primera parte el artículo de Goyena está conforme con el nuestro, pero no en la segunda.

Cuando la propiedad mueble de una persona se ha confundido con la de otra, o de ambas se ha hecho un solo cuerpo, o es el caso de la especificación, la jurisdicción de la causa, en Inglaterra y en los Estados Unidos, corresponde a las Cor-

tes de *equidad*, las cuales, sin violar abiertamente las leyes, disponen lo que sea debido al dueño de la materia empleada sin su consentimiento; y lo mismo respecto a las cosas mezcladas y confundidas. Story, "Equity jurisprudence". § 623. En nuestro país los jueces ordinarios tienen por las leyes las mismas facultades que las Cortes de *equidad*, como la tienen en los varios Estados de la Unión, donde no hay establecidas Cortes de *equidad*.

11. Artículo 3446: Los acreedores y legatarios que hubiesen demandado la separación de los patrimonios, conservan el derecho de entrar en concurso sobre los bienes personales del heredero con los acreedores particulares de éste, y aun con preferencia de ellos, en el caso en que la calidad de sus créditos los hiciere preferibles. Y los acreedores del heredero conservan sus derechos sobre lo que resta de los bienes de la sucesión, después de pagados los créditos del difunto.

3446: Sobre la disposición del artículo ha habido una cuestión que ha dividido a los jurisconsultos romanos y a los jurisconsultos modernos en tres opiniones. La primera enseña que los herederos del difunto no tienen acción contra los bienes del heredero, en razón de haber dejado de tener al heredero por deudor. Tal era la opinión de Ulpiano y Paulo, "recesserunt a persona haeredis". L. 1, § 17, h L. 5, Dig., "De separat".

Por la segunda, los acreedores del difunto después de haber demandado la separación de los patrimonios, pueden en caso de insuficiencia de los bienes de la sucesión, hacerse pagar con los bienes personales del heredero; pero bajo la condición de que los acreedores personales del heredero fuesen primero pagados sobre estos bienes. Esta es la opinión de Papiniano. "Si propii creditores heredis fuerit dimissi". L. 3, Dig., "eod.", y la siguen Pothier, "Success.", cap. 5, art. 4. Domat, "Loi civile", lib. 3, tít. 2, sec. 1, núm. 9. Marcade, sobre el art. 800, núm. 6. Maleville, sobre el art. 878.

La tercera opinión es la que hemos aceptado, y es la que forma el artículo. El heredero por su aceptación pura y simple, viene a ser deudor personal de los acreedores del difunto, como lo es de sus acreedores personales. Por lo tanto, unos y otros acreedores del difunto, legatarios o acreedores particulares del heredero, pueden venir a concurso sobre los bienes del heredero obligado a unos y otros. Se invoca la *equidad*, la reciprocidad; mas la reciprocidad, ¿qué otra cosa sería sino la pérdida para los acreedores del difunto del derecho que les da la aceptación pura y simple de la sucesión hecha por el heredero, y un privilegio a los acreedores particulares de éste sobre sus bienes? Demolombe, t. 17 desde núm. 220, sostiene perfectamente la resolución que damos, y responde a todas las objeciones. Conforme con el artículo, Zachariae, § 385, núm. 29. Aubry y Rau, § 619, letra C. Chabot, sobre el art. 878, núm. 13, Toullier, t. 4, núm. 548. Merlin, "Repert. verb. Separat", § 5, núm. 6. Duranton, t. 7, núms. 500 y 501. Malpel, «Success», núms. 2 y 18. Vazeille, art. 878, núm. 7.

12. Artículo 3670: El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo, si tuviese todo el escrito y firmado por el testador.

3679: Cód. de Luisiana, art. 1583. La resolución del artículo ha originado una gran cuestión entre los jurisconsultos, sosteniendo algunos que cuando el testador

ha querido hacer un testamento cerrado, y no vale por falta de solemnidad, tampoco puede valer como testamento ológrafo. La *equidad* y un buen sentido rechazan la presunción de que una persona que en efecto ha querido testar no haya querido dar subsistencia a su última voluntad, habiendo un medio legal para que subsistiera cuando faltaba el medio que había elegido. La ley romana decía: "Nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua; sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus". L. 3, Dig., "De test. militis". Troplong, "Testament", núm. 1654, expone los fundamentos de una y otra opinión. Hoy el mayor número de autores ha admitido la validez del testamento como testamento ológrafo. Véase Demolombe, "Testament", núms. 408 y 409. Marcade, sobre el art. 976. Toullier, t. 5, núm. 480. Duration, t. 9, núm. 138. Coin Delisle sobre el art. 976, núms. 6 y sigts.

13. Artículo 3882: Los créditos privilegiados sobre los bienes muebles se ejercen según el número que indica su clasificación. Los de un mismo número concurren a prorrata, si fuesen de igual condición.

3882: En general, los privilegios que la ley abraza en el mismo número son de la misma condición, aunque nacidos en épocas diferentes; y así deben concurrir juntos, no obstante, la diferencia de sus fechas. Esto tiene lugar, por ejemplo, en los gastos mortuorios, en los de la última enfermedad, etc. Mas respecto a los privilegios, fundados sobre consideraciones de otra naturaleza, se puede decir en general que es la regla inversa la que los rige. En el mayor número de casos, la clasificación se hace teniendo en consideración la fecha. La prioridad del tiempo da ya la prioridad o impone la inferioridad del orden. Así, cuando un bien ha sido vendido sucesivamente por muchas personas y que ninguna de ellas ha sido pagada, la anterioridad en la fecha, da la prioridad en el orden, el primer vendedor es preferido al segundo y éste al tercero. Pero si al contrario, muchos obreros hubiesen hecho en diversas épocas reparaciones sobre el mismo objeto, la prioridad del tiempo causa la inferioridad en el orden de pago. El acreedor más reciente es preferido al acreedor más antiguo.

La diferencia de fechas en este caso, es esencial: imprime a los acreedores más recientes un carácter particular que los hace más privilegiados que los que preceden en tiempo. La *equidad* exige que los acreedores que, por su trabajo o por sus gastos, han conservado la garantía o prenda de los créditos de los otros, sean pagados antes que ellos. Cuando los obreros han sido en diferentes tiempos llamados a reparar la misma cosa hay entre ellos la diferencia decisiva, que los obreros llamados últimamente han conservado por su trabajo el privilegio de los obreros que les han precedido, mientras que ellos no obtienen ningún provecho de los trabajos anteriores. Esta diferencia constituye por su naturaleza una causa legítima de preferencia. Si las condiciones de los créditos difieren; si no son de la misma calidad; si la una es más favorable que la otra, no puede decirse que la circunstancia de hallarse en el mismo número, hace que los créditos sean de la misma condición, siendo imposible que la ley designe todas las condiciones de los créditos que se hallan en el mismo número, el orden de ellas para el pago queda librado a los jueces. Véase Mourlon, "Examen crítico", desde el núm. 32.

14. Artículo 3980: Cuando por razón de dificultades o imposibilidad de hecho,

se hubiere impedido temporalmente el ejercicio de una acción, los jueces están autorizados a liberar al acreedor, o al propietario, de las consecuencias de la prescripción cumplida durante el impedimento, si después de su cesación el acreedor o propietario hubiese hecho valer sus derechos en el término de tres meses.

Si el acreedor no hubiere deducido la demanda interruptiva de la prescripción por maniobras dolosas del deudor, tendientes a postergar aquélla, los jueces podrán aplicar lo dispuesto en este artículo.

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

15. Artículo 789: Hemos dejado ex profeso para el final este artículo N° 789 donde campea, según la expresión del codificador Vélez Sársfield, “el gran principio de equidad de los romanos”.

Ya dijimos antes que la transcripción del artículo y nota la haríamos directamente desde los manuscritos, con un texto que nace casi definitivo en el primer manuscrito, mientras la nota sólo da el ejemplo y preanuncia el gran principio de equidad sin fundamentarlo con el texto romano que queda en puntos suspensivos. Eluce así mejor la ideación del codificador y se advierte la dependencia del Derecho Romano en este tema, tal como lo hemos señalado al intitular la investigación.

Hay un segundo manuscrito en el cual el texto del artículo sigue como en el primero, con sólo una que otra palabra o giro distinto al que pasa a las ediciones oficiales. La nota, en cambio, se enriquece con el texto latino que es transcripción fragmentaria del parágrafo 4, en el libro 43, título 24, fragmento 7 del Digesto, o sea, en la moderna manera de citar: D.43.24.7.4.

El codificador dejó la cita trunca, sin indicar su procedencia, pero nuestra pesquisa en el Corpus Iuris la descubrió y la transcribiremos completa con su traducción, luego que expongamos el artículo y nota según los dos manuscritos:

Manuscrito 1: Art. Si la cosa se ha destruido o deteriorado aunque sea por caso fortuito, el que la ha recibido de mala fe debe reparar el deterioro o el valor de la cosa, a no ser que la deterioración o pérdida de la cosa hubiese también de suceder estando la cosa en poder del que la entregó.

Art. «Un incendio» Un terremoto por ejemplo que habría destruido o deterio-

rado la cosa lo mismo estando en poder del actual poseedor, que en poder de su verdadero dueño. Este era el gran principio del Derecho Romano.

Manuscrito 2, Art. 66. Si la cosa se ha deteriorado o destruido, aunque sea por caso fortuito, el que ha recibido de mala fe en pago, debe reparar el deterioro o el valor de la cosa, a no ser que el deterioro o pérdida de la cosa hubiera también de haber sucedido estando ella en poder del que la entregó.

Art. 66. Un terremoto, por ejemplo, que hubiese destruido o deteriorado la cosa lo mismo estando en poder del actual poseedor, que en poder de su verdadero dueño. *Este es el gran principio de equidad del Derecho Romano.* (La cursiva es nuestra) *Nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequè perituris aedibus.* (El subrayado es del Dr. Vélez Sársfield). Aubry y Rau, § 321. Cód. francés, art. 1302 inc. 1º, Cód. Sardo, art. 1393, inc. 1º. Esta nota es idéntica a la de las ediciones oficiales.

El jurisconsulto Ulpiano, dice textualmente en aquel parágrafo 4, dentro del título “Quod vi aut clam” –De lo hecho con violencia o clandestinamente–: “Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria, Gallus enim dubitat, an excipi oportere: quod incendii defendendi causa factum non sit? Servus autem ait, si id Magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quod vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam si pervenisset, absolvi eum oportere, idem ait esse, si damni iniuria actum foret, *quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequè perituris aedibus.* Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait”.

Esta es la traducción: Hay todavía otra excepción de la que Aquilio Galo duda si puede objetarse: por ejemplo, si derribé la casa de un vecino por evitar un incendio y se me demanda por el interdicto “De lo que con violencia o clandestinamente”, o por el daño injustamente causado de la Ley Aquilia. Duda Aquilio Galo si debe oponerse la excepción, de “si no se hizo para impedir un incendio”, dice Servio que, si lo hubiese hecho un magistrado debe darse tal excepción, pero que no debe concederse lo mismo a un privado, y que si se hizo algo con violencia o clandestinamente y el fuego no hubiese llegado hasta allí debe absolverse al demandado; y dice que lo mismo vale si se hubiere ejercitado la acción de la Ley Aquilia por el daño injustamente causado, *porque no se considera haber causado daño o injuria alguna, si la casa derribada por temor al incendio igualmente hubiere perecido a causa del incendio.* Mas si la hubieras hecho sin haber incendio alguno y éste hubiera comenzado después, no se podrá decir lo mismo, porque afirma Labeón, que el estimar si se causó o no algún daño, debe hacerse en atención a la situación del momento y no a lo sucedido con posterioridad.

La fundamentación que aporta el texto transcrito al artículo desde el Derecho Romano, es definitiva; y comporta evidentemente *el principio de equidad*: responde aún por caso fortuito por la destrucción o deterioro de la cosa, el que de mala fe la recibió en pago, salvo que ésta igualmente hubiese perecido estando en poder del que la dio.