

culpa del secuestrador y la falta de imputabilidad por el hecho que ha producido el daño (1).

Ahora bien: con esto no se entiende aplicada la restricción impuesta por la responsabilidad al caso de la mala fe. Y no sirve el objetar que se ha querido argumentar sobre la regla especial concerniente al litigante temerario: no debería entonces limitarse la responsabilidad á la mala fe, sino extenderla en cambio también á la culpa grave; y además el referirse sola y caprichosamente á la ley civil sobre la responsabilidad, indica que en la hipótesis especial antes discutida de la temeridad y de la ley de procedimientos á que se conexas, no se tuvo en cuenta (2).

116. La teoría que ahora será propuesta sobre las tres cuestiones enunciadas, se conexas con los criterios sobre los cuales se apoya la construcción hecha de la responsabilidad.

En primer lugar; que las disposiciones sobre el secuestro anulado ó revocado se conexas con la ley general referente á la responsabilidad civil, no parece dudoso por lo ya dicho respecto al contenido amplio y general de la responsabilidad por culpa no contractual; pero hace falta añadir que ella, por necesidad, debe atenerse á una limitación, que es aquella que refleja la posición particularmente creada al litigante temerario (3). En efecto: el criterio de la temeridad en haber entablado ó sostenido un juicio debe imperar en toda cuestión de responsabilidad por daño causado ó recibido en litigio: de ahí, que también en materia de secuestro, se deberá responder del daño solamente cuando el secuestrador haya obrado con mala fe ó culpa grave; y

(1) Concepto al cual alude Mattiolo, ob. cit., v. n. 1.017 en f.

(2) V. Mattiolo, l. cit. en f. Adviértase que el autor se ocupa en el número citado de la tercera cuestión. Cfr. sobre la coordinación del art. 370 del Cód. p., y los arts. 933 y 935 (abusos en materia de secuestro). Cas. Florencia, 31 Julio 1884, cit.

(3) V. el art. 370 del Cód. de p. c. V. los n. 80 y siguientes de este capítulo.

no se crea que no puede aplicarse á tal cuestión la norma donde se consideran los gastos y los daños que se derivan del litigio, porque el secuestro conservativo es providencia que está consentida por el Juez, y está esencialmente conexas con el litigio, al que da lugar con el juicio de confirmación ó revocación. Es además demasiado clara la interpretación de la ley sobre este tema especial de responsabilidad para que se conceda el negar á la disposición sobre los daños del litigio, la eficacia general que se le concede.

Por esto parece aceptable la resolución de la teoría que sobre la primera y la tercera de las cuestiones enunciadas declara la responsabilidad por los daños sólo en el caso en que exista la mala fe, siempre que se añada también la figura de la culpa grave; y esto, como clara deducción del criterio que gobierna la responsabilidad del litigante temerario, mejor que de la disposición general de derecho común que por él está limitado. Pero con arreglo á la segunda cuestión, la condena por los daños sería contraria á los principios. El secuestro es providencia concedida por el magistrado, y si él lo da, aunque para ello sea incompetente, no se puede decir que como hecho dañoso tenga solamente causa en la mala fe ó en la culpa grave del secuestrador; porque el magistrado lo concedió, ¿será acaso incompetente para hacerlo?

La responsabilidad no debería, pues, alcanzar sólo á la parte demandante, sino también al magistrado; ¿le parecerá al magistrado correcto pensar que las reglas de competencia deben ser menos conocidas por él que por quien solicite la providencia del secuestro? De la ignorancia de la ley de competencia, ¿no deberá responder quien se presume deba bien conocer la ley, instituido como está para aplicarla, ó deberá en cambio responder el particular? (1).

(1) Esto hace más necesario que sea declarada la responsabilidad del magistrado por cualquier clase de culpa, v. el cap. XVIII citado.



En este caso, el anulamiento depende más del hecho del magistrado que de la parte demandante, y él responde solamente cuando haya obrado con mala fe. Por esto la ley, ordenando esta materia especial, nada dispuso para la hipótesis de secuestro anulado por razón de incompetencia del magistrado, mientras tuvo cuidado de retener expresamente, y no había necesidad de hacerlo, la acción de daño por los casos de anulamiento y de revocación dependientes de hecho ú omisión exclusivamente imputables al secuestrador.

117. Otra cuestión, que parece referirse también al ordenamiento de la ley acerca de la temeridad del litigio, como razón restrictiva de la latitud del principio común en materia de responsabilidad, es aquella que se ha hecho sobre la obligación al resarcimiento del que, pendiente el recurso de casación, haya hecho ejecutar una sentencia anulada después. Y aquí se suele responder afirmativamente (1). El demandante, se dice, obra, es verdad, en virtud de un título; pero debe reflexionar que sobre la validez de éste está pendiente todavía un juicio, y si á sabiendas de la posibilidad de un anulamiento, sin embargo él da curso á la ejecución, asume en sí mismo toda responsabilidad para el caso en que dicha posibilidad se realice. En contra está la disposición de la ley, en que se dice no tener el recurso en casación efecto suspensivo, porque esto sucede con relación al sustituto mismo, que es un remedio extraordinario.

Estos argumentos no bastan para demostrar la exactitud de la teoría sostenida; aunque la ley, donde se habla del ningún efecto suspensivo del recurso, tenga relación con lo extraordinario de este medio, queda siempre indiscutible la existencia del derecho concedido por la ley al que ha ganado la causa en el segundo juicio. Y si en esto ha creído

(1) Cas. Turin, 21 Mayo 1883 (*Foro it.*, Rep., 1883, n. 47 y 48); y 25 Junio 1885 (*Foro it.*, X, 1, 788).

satisfacer el criterio de justicia y de alta prudencia en que sus disposiciones se inspiran, no pertenece ciertamente al intérprete el demostrar mayor sabiduría.

Acogiendo la doctrina expuesta, se llegaría á la conclusión de que la ley permitiría la ejecución, y la jurisprudencia, con la amenaza de la responsabilidad en caso de anulamiento, haría inútil la norma; ahora bien: si el acreedor, movido por la necesidad de garantizarse contra la mala fe del deudor ó empujado por la situación económica en que se encuentre, quisiera urgentemente asegurar su crédito por medio de la ejecución, no lo podría hacer por el peligro del posible anulamiento de su título.

Esta hipótesis está estudiada aquí, porque si, desligando las dudas sobre el anulamiento y la revocación del secuestro (1), la jurisprudencia elimina la responsabilidad cuando le conste la buena fe (entendida en sentido muy amplio) (2) del secuestrador y de su cuidado para asegurar el crédito, excluyendo toda idea de acción que parta de mezquino capricho, en cambio, en la opinión discutida se hace referencia de ordinario á la norma general sobre el cuasidelito, y de la condición subjetiva del acreedor apenas si se dice que es consciente de la posibilidad de un anulamiento. Así que debería bastar aquí dicha consciencia, que no puede nunca faltar por la incertidumbre del éxito del recurso: dos posiciones de hecho casi idénticas, serían así diversamente apreciadas.

Ahora bien: se podría decir que aquí se deberá al menos poner el criterio relativo á la temeridad del litigio, y el demandante debe así responder cuando se encuentre en mala fe ó en culpa grave. Razonamiento que tiene mucho de absurdo; el demandante tiene en su favor una facultad circundada del prestigio de la presunción de verdad, que des-

(1) Cas. Turin, 30 Junio 1885, cit. en el n. 2 y pág. 290.

(2) V. p. 276.



aparece sólo en caso de anulamiento (1), y es la ley, que sin establecer necesidad alguna de garantía, le da derecho á ejercitarla. Y donde hay derecho no hay injuria: si el concederlo puede ser causa de consecuencias irreparables, el no consentirlo puede conducir á iguales inconvenientes. Por otra parte, ocurre también aquí una observación ya hecha al discutir sobre el anulamiento del secuestro por incompetencia del magistrado que la concedió (2); el error es del magistrado que ha pronunciado la sentencia, y si el que la ha obtenido la ejecuta como norma de ley, ¿en qué manera se le considerará responsable por imprudencia?

118. Parece que convenga mejor á la ley, el decidir que en la idea antes descrita no haya lugar á responsabilidad; y no es el caso de pensar en abuso de derecho, porque la ley, concediendo la ejecución, quita la posibilidad. Ni se olvide que la misma ley, cuando estimó oportuno el impedir la ejecución, pendiente el recurso, dispuso expresamente: así lo estableció para el caso de supresión, cancelación, reforma ó renovación de documentos declarados falsos, á cuyas providencias no se puede proceder sino después de transcurrido el término de la apelación, ó de recurso en casación ó de la demanda de revocación (3); así se procede para el arresto personal, el cual se lleva á cabo sólo en virtud de sentencia firme, de modo que el recurso en casación basta para suspender la ejecución cuando no haya sido provisionalmente concedida (4). Del mismo modo se ordena implícitamente el efecto suspensivo del recurso en el caso de oposición al matrimonio, donde se dispone que cuando sea promovida por causa admitida por la ley, queda en suspenso la celebración del matrimonio hasta que pase á ser firme la

(1) Poncet, ob. cit., 554.

(2) V. 113.

(3) Cód. p. c., art. 309.

(4) Cód. p. c., art. 750: v. l. 6 Diciembre 1877 (n. 4.166) sobre arr. per. Cons. sobre esto Mattiolo, ob. cit., VI, pág. 563 y siguientes.

sentencia (1), y así igualmente ocurre en materia de cancelación de hipoteca que fuese ordenada judicialmente y que no se puede ejecutar si no está ordenada por sentencia firme (2).

Esto dicese en virtud de ley el recurso en casación no tiene efecto suspensivo; y si cuando la ley quiso lo contrario lo ordenó claramente, parecería deberse deducir que no hay responsabilidad por la ejecución de una sentencia dictada pendiente el recurso que después ha sido acogido.

119. Y más exacta respecto á la culpa, parece la decisión comúnmente dada en cuanto á la ejecución provisional de la sentencia dictada por el Juez en primer grado; la legitimidad de la ejecución, se observa, está subordinada á la condición de que no sea separada, y si no obstante tal posibilidad, cuya consciencia debe existir en la parte demandante, la ejecución se lleva á cabo, el que haya proveído responderá, no sólo de la mala fe, sino también de la imprudencia (3). La declaración antes hecha demostraría lo contrario. esto es, que no es posible aquí ni siquiera la aplicación del principio puesto en materia de daños derivados del litigio. Si la ley da facultad al magistrado para consentir la ejecución provisoria, ¿por qué con la amenaza de la responsabili-

(1) Cód. civ., art. 90; Cód. fr., art. 68. Generalmente, en partiendo del principio del efecto no suspensivo del recurso, se decide lo contrario; cons. Merlin, ob. cit., v. *Opposition au mariage*, n. 4; Demolombe, ob. cit., III, 169; Marcadé, ob. cit., sobre el art. 178, I; Aubry y Rau, ob. cit., § 457; Laurent, ob. cit., II, 404; Baudry-Lacantinerie, ob. cit., I, 474; Pacifici-Mazzoni, ob. cit., I, 141; el concepto erróneo sobre la locución *cosa juzgada* obliga á algunos, entre los tratadistas citados, á enseñar con escasa congruencia, á nuestro juicio, que, estimado el recurso, el matrimonio celebrado durante su duración no se pueda anular. V. después Ricci, ob. cit., I, 103, y sentencia que cita.

(2) Cód. civ., art. 2.036.

(3) Ricci, ob. cit., II, 385; Cas. Turín, 29 Marzo 1882 (*Cassazione Tor.*, 1882, I, 252); 15 Noviembre 1882 (*Cass. Tor.*, 1882, II, 580); Ap. Catanzaro, 29 Noviembre 1880 (*Foro calabrese*, II, 24).



dad, aun por la simple imprudencia, se deberá considerar frustráneo el derecho que el legislador ha concedido? No es la parte, se podría hacer notar también aquí, quien causa directamente el daño, sino más bien el fallo del magistrado.

No sólo esto, sino que la forma y procedimientos con el cual está regido el instituto de la ejecución provisoria, demuestra también la inexistencia absoluta de responsabilidad de la parte que procede. Mientras, en efecto, en una ley de procedimiento anterior á la actual (1) no se daba al Juez la facultad de ordenarla, y le era permitido sólo en determinados casos el concederla, la actual, la ley moderna, consciente de los peligros inherentes al proveimiento, no lo impone ya al magistrado, que queda en plena libertad de decidir si en ciertas contingencias expresamente designadas sea el caso ó no de concederlo (2). Así que son bastante apreciables y seguras las garantías de que la ley rodea el instituto; y si el magistrado, valiéndose de la facultad adquirida, con ocasión de alguna de las hipótesis en que pueda justamente ejercitarla, concede la ejecución provisional, á ésta se da lugar legítimamente. ¿Qué responsabilidad puede corresponder á la parte? ¿Tiene acaso el intérprete ó el magistrado derecho de añadir cautelas á las ya sabiamente introducidas por el legislador? El mismo cuidado que ha tenido éste al reglamentarlo, ¿no declara, pues, la oportunidad de la solución defendida? (3).

Otra cosa es el examinar si en el caso de ejecución provisional pedida y concedida fuera de las hipótesis expresamente notadas por la ley, si la responsabilidad de la parte que á ella procediese quedaría comprometida; pero de esto se hablará en su lugar (4).

(1) Cód. p. civ. sardo, art. 221.

(2) Cód. p. civ., art. 363.

(3) Confr. Ap. Catanzaro, 31 Diciembre 1880 (*Foro calabrese*, 11, 26).

(4) V. el cap. XVIII citado.

120. La regla dictada para los daños derivados del litigio no sufre excepción ni aun en el caso de arresto personal declarado nulo y sea la nulidad imputable al acreedor (1).

Es verdad que la locución de la ley podría decirse contraria á ésta, y no parece se haya dejado al Juez facultad alguna de estimación; pero como ya se ha advertido, no hay motivo para restringir el contenido de la teoría cuando concurren siempre los mismos extremos que justifican la aplicación normal. Ciertamente debe considerarse que se ha inferido grave ofensa á la libertad del individuo; pero no debe olvidarse que el arresto personal es medio coercitivo del cumplimiento de la obligación, y por lo mismo, como en todas las otras controversias iniciadas y sostenidas ante la autoridad judicial, es necesario que al ejercitarlo haya concurrido la mala fe ó la culpa grave del demandante.

Por otra parte, la letra de la ley claramente se entiende, si también aquí quiere distinguirse la culpa de la prueba que debe haberse hecho; y separando la responsabilidad del ujier de la del acreedor, se descubre en qué casos esta última puede existir. Si el acreedor hace ejecutar el arresto mientras está suspendida la sentencia que lo concede ó sin notificar el precepto al pago, comete error derivado de culpa grave, no debiendo ignorar las disposiciones que tan claramente determinan su derecho. Por esto la ley ve en el hecho de la nulidad una culpa ya aprobada: de todos modos, como precisamente por esto contiene la confirmación de la regla general sobre la responsabilidad, no está vedado al Juez el conocer efectivamente la existencia de culpa en el grado constitutivo de la temeridad de la demanda (2).

121. Una excepción á la limitación ordenada respecto á los daños del litigio, se podría aparentemente deducir de todo lo dispuesto acerca de la oposición al matrimonio, que fuese

(1) Cód. p. civ., art. 768.

(2) V. Ap. Roma, 28 Diciembre 1884 (*Filangieri*, 1885, I, 225).



desechada por el Juez; excepción hecha del ascendiente y el ministerio fiscal, el demandado podrá ser condenado al resarcimiento de daños.

Se ha dicho *aparentemente*, y con razón. La ley francesa tiene aquí una adición igual á la que existe en la italiana, y en los trabajos que la prepararon se dijo respecto á tal resarcimiento que no importa que haya habido solamente error é imprudencia en la persona que creyó de su deber el oponerse; no puede haber vacilación entre un individuo que se engaña y otro que sufre (1). Decisión perfectamente correcta respecto al derecho francés, y adaptable al patrio si la ley de procedimientos no ordenase en materia de litigio la responsabilidad de daños sólo para el litigante temerario. Cuyo ordenamiento falta en la ley de procedimientos francesa (2), y parecería por esto justo el decir que aun en la opinión antes indicada, se deba aplicar la limitación establecida en la ley de procedimientos al principio general enunciado en el Código civil.

121 bis. De otras excepciones de más importancia, dos llaman la atención; pero una, más que á la culpa aquiliana, propiamente dicha, se refiere á la relación que nace de la acción de reivindicación del Estado contra los funcionarios de la justicia penal que por causa de culpa grave le hayan ocasionado algún daño con la anulación del procedimiento. Y sobre ella, como lugar más apropiado, se hablará cuando se estudie la responsabilidad del Estado por los errores de sus funcionarios (3).

121 ter. La otra se conexas con las providencias especiales que, informándose en el concepto de la garantía, rigen los accidentes ocurridos en el trabajo ó por causa de éste. Se ha observado que con el fin de contemporizar esta

(1) V. Portalis, *Exp. de motifs*, en Loqué, ob. cit., IV, n. 36; Merlin, ob. cit., v. *opposition au mariage*, n. 4; Laurent, ob. cit., II, 407; Aubry y Rau, ob. cit., § 457.

(2) La cuestión aparece tratada ampliamente en el n. precedente.

(3) V. lo que sigue.

obligación, que expresa la idea del riesgo profesional, con el derecho común, para impedir que su estricta observancia fuese causa de daño excesivo á los mismos operarios protegidos y al patrono obligado á garantizarlos, contra este último el sentido común recobra alguna vez su imperio (1); y la conducta del obrero, en relación al hecho determinante del daño, es tenida en consideración, no con el objeto de quitarle la acción, como más jurídicamente establecen (2) otras legislaciones, sino para tenerlo obligado á la restitución. Ahora bien; esta norma no se refiere á cualquier culpa, porque de este modo el concepto del riesgo quedaría desnaturalizado, y la contemporización pensada por la ley no estaría en armonía sino con la culpa grave. Y por la íntima relación de estas normas con el ordenamiento sobre los accidentes, será mejor examinada más adelante (3).

§ 3 B).

De otras causas no verdaderas de excepción.

SUMARIO: 122. Excepción relativa á la responsabilidad de los funcionarios públicos y de los que ejercen una profesión liberal. — 123-125. Si los Notarios deben responder solamente por la culpa grave.—126. Del poder del Juez en la liquidación del daño, como dependiente del grado de culpa — 126 bis. El ordenamiento especial sobre la ruptura de esponsales.

122. Otra fuente de excepción á la regla general que está fijada en la ley, se constituye ordinariamente en mate-

(1) Ya hemos observado que las leyes especiales sobre accidentes del trabajo dejan íntegra la cuestión de responsabilidad para los casos en los que pueda exigirse á tenor de aquellos estatutos legales que la establecen en el orden penal, y en el cual no entran aquéllas. Véase Cas. fr., 12 Julio 1900 (*J. du P.*, 1900, 1, 400), y 29 Octubre 1901 (*id.*, 1902, 1, 212).

(2) Ley fr. 2 Abril 1898, art. 20. De la cuestión se tratará en su debido lugar.

(3) V. el § precedente y la referencia hecha en la nota.



ría de responsabilidad de los funcionarios públicos ó de cualquiera que ejerza una profesión liberal. No es este el lugar de desarrollar todavía cuestiones ya ampliamente estudiadas, al menos respecto á los principios (1); se puede sólo añadir que, si en las hipótesis examinadas antes, la excepción podía en cierto modo tener justificación en la letra de la ley, que limita en el dolo la responsabilidad del Juez y en la extensión mal llevada sobre el tema de culpa aquiliana por la antigua máxima *c. lata dolo aequiparatur*, aquí, en cambio, nada hay que pueda compensar la inexactitud, al querer fijar en la necesaria indagación de los términos de la injuria, la medida de la culpa restringida á la grave. Y no se deje de advertir las contradicciones en que se incurre por la no recta observancia de la ley: hay quien opina, como ya se ha recordado respecto á la responsabilidad del Juez, no deberse ella extender á la culpa grave, porque grandes y casi insuperables son las dificultades que vedan el distinguir claramente la culpa grave de la leve (2); pero si tal es el inconveniente que la distinción presenta, ¿por qué no concluir claramente en la irresponsabilidad? No puede, ó más bien, por medio de dicha consideración, ¿no deberá suceder, en efecto, que de una culpa grave sea el funcionario liberado, por ser considerada leve? Y esto cuando la cuestión se examine á su favor, porque podría suceder el caso contrario, esto es, dar á la culpa ligera cualidad de grave.

Cuya última hipótesis puede fácilmente ocurrir, porque la doctrina aquí no acogida no declara por qué límites fijos se separa la culpa grave de la ligera. Ciertamente, no es imposible distinguir la una de la otra; pero el no diferenciarlas con criterio cierto, muy necesario siempre, y especialmente en la materia delicadísima de la responsabilidad, es causa de juicios que parecen fundados en concep-

(1) V. el § precedente.

(2) Giorgi, ob. y l. cit. más arriba.

tos completamente contradictorios (1). De ahí que mayor fundamento lleva en sí el principio propuesto de no deberse buscar la existencia solamente de la culpa grave donde se pide ésta, de cualquier grado que sea; y la ley misma ha hecho á este propósito aplicación conveniente de la norma general por ella dictada á hipótesis en las cuales se querría introducir una limitación que no se puede justificar en manera alguna. Al disponer la nulidad del acto (2), del cual ha sido causa el ujier, el Escribano ó Procurador, impone á cargo suyo, además de la nulidad, la obligación al resarcimiento de los daños é intereses; consecuencia no nueva, porque está contenida en el principio general de la responsabilidad, pero muy clara para demostrar de qué manera ciertas teorías responden bien poco al ordenamiento legislativo. En el cual, sin distinción de culpa, está repetido aquí lo que es un efecto, esto es, la obligación de resarcir el daño, y no hay puesta limitación alguna que valga á disculpar ciertos errores (culpa ligerísima y ligera).

123. Entre las cuestiones que la doctrina y la jurisprudencia deciden casi de acuerdo según la teoría antes combatida, es de notar la que surge acerca de la responsabilidad del Notario, materia ya discutida y expuesta en sus líneas generales al indagar el grado de culpa (3). Y es conveniente volver sobre la cuestión, porque, queriéndose por costumbre restringir dicha responsabilidad á la culpa grave, es necesario se demuestre mejor que esta excepción á la regla de la culpa aquiliana no tiene razón de ser sobre el principio en que se informa la resolución acogida de las relaciones que por ella son demostradas entre la regla y sus excepciones; no es necesario hablar más; convendrá,

(1) Véase, por ejemplo, en cuanto á las funciones del Notario, Cas. fr., 22 Diciembre 1840 (*J. du P.*, 1843, 2, 652), y Cas. fr., 17 Agosto 1869 (*J. du P.*, 1869, 1047), y de ello nos ocuparemos más adelante.

(2) Cód. p. civ., art. 59 citado.

(3) V. el cap. III.



en cambio, examinar el concepto que la doctrina y la jurisprudencia apuntan en apoyo de sus decisiones y apreciar su corrección jurídica.

Que el Notario sea el redactor de la voluntad á él declarada, y por lo tanto extraño á todo lo que no se refiere á las formalidades intrínsecas del acto, es opinión por muchos sostenida (1); pero, como ya se ha advertido, la posición así creada al Notario no conviene á la importancia de su cargo, ni la jurisprudencia pudo continuar declarándola de tal manera. En efecto: ya no se decide como antes (2); esto es, que si el Notario tiene la obligación de informar á las partes sobre las normas del derecho concernientes á la sustancia del acto, este deber es más bien moral que jurídico, por lo cual la omisión no daría lugar á responsabilidad; tampoco viene restringida tal obligación al cliente que por su ignorancia se confíe enteramente á la dirección del Notario; pero se afirma que si el contenido del acto es cosa que atañe únicamente al cuidado de las partes, sin embargo, cuando se trate de grave error, en el cual ellas incurran, el Notario debe advertirlas: de ahí que su omisión en esta parte constituiría culpa grave inexcusable. Teoría no nueva en la doctrina (3).

El Notario debería, pues, responder de la nulidad de los actos por él redactados, si dependen de vicio intrínseco, cuando el no haber evitado dicha nulidad sea culpa grave á cargo suyo. La teoría no es correcta; pero es también preferible á la que enseña la responsabilidad absoluta, exagerada hasta el punto de haberse podido decir, en hipótesis particularmente decidida, no ser el Notario culpable si el tes-

(1) Cons. Cas. Turin, 10 Abril 1885 (*Foro it.*, X, 1, 732), iniciado con las palabras «*era cotesta*», etc.

(2) Cas. fr., 22 Diciembre 1840 citada.

(3) V. los autores y las sentencias citados en el cap. III. Añádase Cas. fr., 1.º Febrero 1883 (*J. du P.*, 1885, 1, 391) y las conclusiones de Rivière en esta última causa; 6 Junio 1901 (*id.*, 1902, I, 239), y Muteau, ob. y l. cit.

tamento es declarado nulo por no haber indicado la causa que impidió al testador el firmarlo (1). El Notario, se dice (2), mencionará dicha declaración si está hecha por el testador; pero si éste no la hace, él no está obligado á solicitarla. Como se ve, es bien diverso el concepto que el legislador se ha formado de la responsabilidad del Notario.

La poca corrección de la teoría antes descrita consiste en la limitación de la responsabilidad á la sola culpa grave. En efecto: ó se afirma la irresponsabilidad, teoría evidentemente errónea, ó la responsabilidad; pero afirmada ésta, el intérprete no puede por una mal entendida razón de excusa alejarse de la ley, que debe tener su entera aplicación. La responsabilidad del Notario, en su cualidad de funcionario público, está por regla general determinada por la culpa aquiliana y no podría ser de otra manera (3); y puesto así el principio, no se puede no, extenderlo á cualquier culpa.

124. Y si esta es la resolución que en las cuestiones concernientes á la forma intrínseca y á la sustancia del acto parece más respetuosa de la ley, aun más claramente se podrá referir á aquellas, concernientes á las omisiones de las formalidades extrínsecas.

No hay en esto ningún motivo de duda acerca de la competencia absoluta y exclusiva del Notario; aun admitiendo la doctrina que restringe la función, hasta hacerlo el simple redactor de la voluntad de las partes, su responsabilidad por defecto incurrido en la exacta observación de las formas no puede ser discutida. Y como principio no lo es en efecto: lo es en la extensión que se le quiere dar. Porque cuando aquí se encuentre la figura de la culpa aquiliana, se deberían deducir consecuencias conformes con ella. En cambio, pueda reducida la responsabilidad á la culpa grave (4), y

(1) Cód. civ., art. 779; Cód. civ. fr., art. 973.

(2) Vitali, ob. y l. cit.

(3) Los autores citados y Rivière, ob. y l. citados.

(4) Cfr. art. cit. al c. cit. y § sig. Además, Proudhon, ob. cit.,



no se dice que esa exista en pleno derecho; pero se la abandona á la recta apreciación de los Tribunales, Jueces soberanos, ya sea de la apreciación de los hechos que constituirían culpa imputable al Notario en la redacción del acto, ya sea del grado del daño causado y del resarcimiento; de modo que se pueda deducir que este último es inferior al primero (1). Ahora bien: que de los hechos presumibles culpables sea juez el Magistrado es verdad, aunque por regla general la única cuestión en que se apoya la responsabilidad sea en la existencia ó no de la nulidad por la forma extrínseca del acto; si la fórmula enunciada se extendiera más allá, el modo de poder establecer indebidamente la irresponsabilidad del Notario recurrente sería errónea. Y tampoco es buena la teoría en su primera parte, porque la responsabilidad del Notario es de derecho cuando, entiéndase bien, cuando esté clara la culpa que se le imputa.

Ni en consideración á la ley es sostenible la medida de la culpa que aquí se propone; si el acto está declarado nulo por vicio dependiente de negligencia mínima del Notario, su responsabilidad está comprometida. La distinción entre ignorancia de las formas y la culpa ligera ó ligerísima no es buena; se debe solamente esclarecer si existe la nulidad y si ésta depende de culpa imputable al Notario. Asegurados estos elementos, no se puede indagar más la

---

III, 1.518 y 1.519. V. además Rutgeerts y Amiaud, *Comm. de la loi 25 vent. a. XI*, n. 1.311.

(1) Cons. Cas. fr., 27 Noviembre 1837 (*J. du P.*, 1837, II, 489); 5 Febrero 1872 (*J. du P.*, 1872, 1.016); 19 Junio 1872 (*J. du P.*, 1872, 697); 17 Julio 1872 (*J. du P.*, 1872, 1.017); 12 Febrero 1883 (*J. du P.*, 1883, I, 397); 19 Mayo 1885 (*J. du P.*, 1885, I, 734); 6 Junio 1901 (*id.*, 1902, I, 239); A. Dijon, 12 Agosto 1847 (*J. du P.*, 1848, II, 25); A. Nimes, 29 Abril 1863 (*J. du P.*, 1864, 1.205); A. Chambéry, 8 Febrero 1875 (*J. du P.*, 1875, 586); Trib. Sena, 26 Julio 1881 (*Not. it.*, 1881, 321); Trib. Cagliari, 31 Octubre 1881 (*Not. it.*, 1882, 265). Cfr. Ap. Génova, 31 Diciembre 1880 (*Eco gen.*, 1881, I, 209); A. Turin, 24 Febrero 1882 (*Giur. Tor.*, 1882, 389); A. Roma, 16 Mayo 1882 (*Temi rom.*, 1882, 277). V. la sent. y cap. citados.

gravedad de la culpa, ni el Magistrado puede tomar de la equidad el derecho para alejarse de la ley (1). Como también se aleja cuando, aun sin decidir sobre la entidad de la culpa, limita el importe de los daños é intereses en modo que el resarcimiento no corresponde al daño efectivo; se cambia de este modo lo que es liquidación de la indemnización con la estimación del grado de culpa, que pesa enteramente sobre el Notario, autor de la nulidad ocurrida (2).

125. Se ha dicho (3) en defensa de la teoría antes combatida, que aun siendo aquiliana la culpa del Notario, no es contrario á la ley el graduar la responsabilidad, limitándola solamente á la culpa grave. Y en tal sentido, se ha observado que la ley quiere manifiestamente acoger la distinción de la culpa en grave, leve y levisima, habiendo dispuesto (4) que la diligencia reclamada en el cumplimiento de la obligación sea siempre aquella del buen padre de familia, excepción hecha del depósito; y que dicha regla debe aplicarse con mayor ó menor rigor, según los casos en que expresamente se haya acordado así.

No es este el lugar de volver sobre conceptos ya estudiados y que demuestran cuál es el contenido de la disposición recordada (5). Sólo conviene advertir que, si exactamente la razón legal de la responsabilidad del Notario se refiere á la norma sobre los delitos y cuasidelitos, malamente se la puede hacer concordar con la otra relativa á la medida de la responsabilidad, según el ordenamiento, sobre la culpa contractual; es inútil ya el insistir acerca de la necesidad

---

(1) Nótese que el art. 61 de la l. 11 vent. a. XI, en la cual están basadas muchas de las sentencias citadas de la Cas. fr., no pone ninguna limitación; enuncia la obligación del Notario de responder del daño si á ello hubiera lugar; repite la máxima el art. 1.382 del Cód. civ. (art. 1.151 Cód. civ. it.).

(2) V. sobre este punto el cap. XIV.

(3) Vitali, ob. y l. cit.

(4) Cód. civ., art. 1.224.

(5) V. el vol. I del trabajo *Colpa contrattuale*, cap. I-V.