

The image shows the front cover of an old book. The cover is decorated with a traditional marbled paper pattern, featuring swirling, organic shapes in shades of brown, tan, and grey. The marbling is dense and covers the entire surface. On the left side, the spine of the book is visible, showing some wear and the binding structure. A small, rectangular white paper label is attached to the spine, positioned about halfway down. The label has the number '1904' printed on it in a simple, black font. The overall appearance is that of a well-used, antique volume.

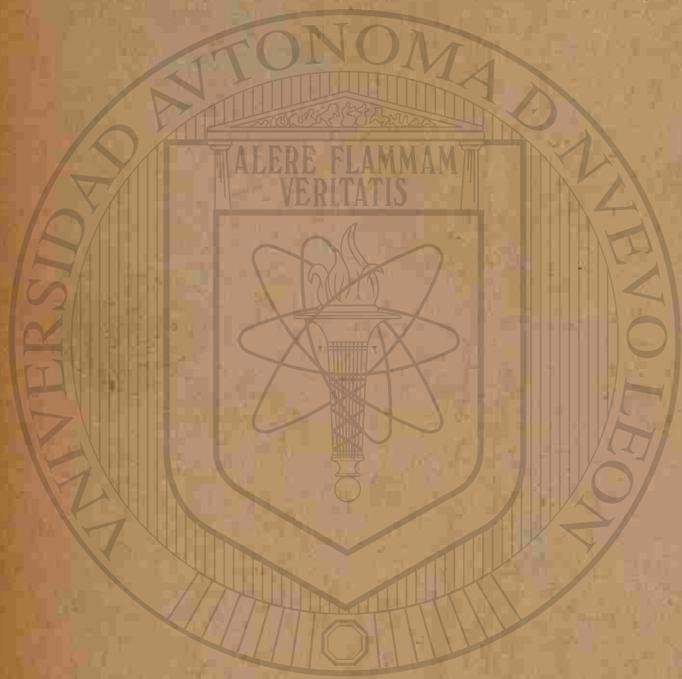
FLORES
—
DRECHO
—
INTERNACIONAL
—
IVADO

41

KV20
F5
1888-19
v. 4



1080038648



DI 2842

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL

BIBLIOTECA JURÍDICA

TOMO IV bis.

U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Capilla Alfonso
Biblioteca Universitaria

80961

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL
SECCIÓN JURÍDICA (TOMO IV BIS)

PASQUALE FIORE

DI. 2842-IV

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

PRINCIPIOS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS

ENTRE

LAS LEYES DE LOS DIVERSOS ESTADOS .

VERSIÓN ESPAÑOLA ANOTADA POR

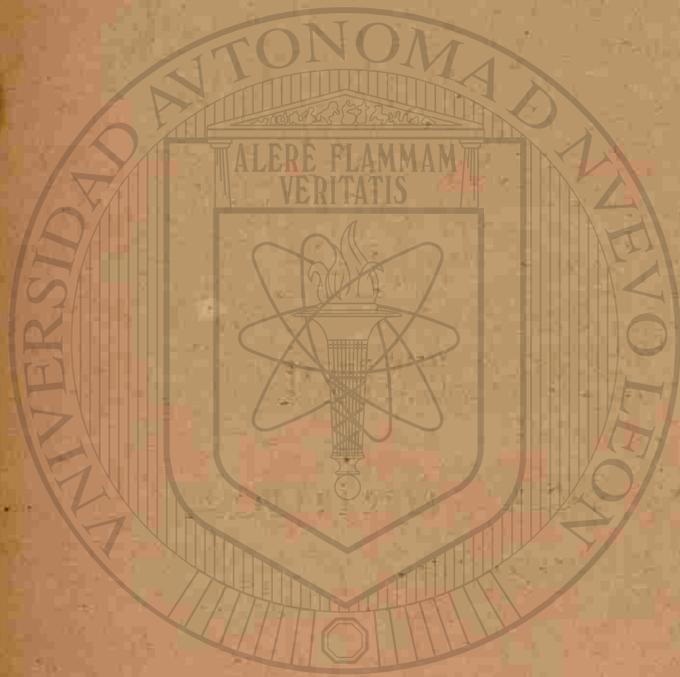
D. ALEJO GARCÍA MORENO

CON UN PRÓLOGO DEL

EXCMO. SR. D. VICENTE ROMERO GIRÓN

SEGUNDA EDICIÓN

completamente refundida y considerablemente ampliada.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

TOMO CUARTO

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

MADRID

CENTRO EDITORIAL DE GÓNGORA

CALLE DE SAN BERNARDO, 43

1901



FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL



DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

LIBRO IV

DE LOS DERECHOS QUE SE DERIVAN DE UNA OBLIGACIÓN

992. Nociones generales. — 993. Orden que debe seguirse.

992. En la parte general de esta obra hemos estudiado, aunque sumariamente, los principios fundamentales relativos á los derechos que pueden tener su origen en las obligaciones, pero no sólo en las que se derivan principalmente de la ley y que corresponden á los derechos personales y á los que tienen su base en las relaciones de familia, sino que hemos examinado además las obligaciones que pueden nacer de los contratos legalmente concluidos y las que pueden surgir del cuasi-contrato, del delito y del cuasi-delito. Sin embargo, lo allí expuesto se refiere sólo á los principios generales concernientes á las obligaciones mismas y que pueden servir para determinar la relación entre el acto jurídico de que proceden y la ley á que el acto puede reputarse sometido, para poder precisar el círculo dentro del que cada ley debe tener autoridad para regular la existencia y la validez jurídica de la obligación misma y para regir el cumplimiento de la prestación y las consecuencias jurídicas que pueden tener su origen en el hecho, por virtud del cual una ó más personas deben considerarse obligadas respecto de otra ú otras, á dar, á hacer ó á no hacer alguna cosa.

Ahora debemos examinar cómo los principios generales allí expuestos deben aplicarse para resolver las cuestiones que puedan surgir de cualquier convención determinada, siempre que

se susciten dudas ó dificultades para determinar la ley á que deben considerarse sometidas las relaciones especiales que pueden derivarse de cualquiera de las mencionadas convenciones.

En realidad, un contrato sólo podrá reputarse tal, cuando contenga los elementos esenciales para considerarlo jurídicamente existente y válido, esto es, cuando con arreglo á la ley sea un acto jurídico y tenga además la fuerza jurídica necesaria, es decir, las condiciones exigidas por la ley para que la persona á quien el derecho corresponda pueda exigir eficazmente de la otra la observancia de todo aquello á que se ha obligado, y con la facultad de poderla compeler á ello judicialmente en caso de incumplimiento.

Conviene tener presente que no son enteramente idénticas las condiciones indispensables según cada ley para la existencia jurídica de un contrato, ni las que deben considerarse como necesarias para atribuir al mismo fuerza jurídica; por lo cual ha de considerarse todo contrato especial como un organismo jurídico aparte, para poder examinar en particular cómo los principios generales, que pueden tenerse en cuenta para establecer la autoridad de cada ley respecto de las obligaciones convencionales, deben aplicarse para determinarla en lo referente á cada convención especial, teniendo presente su propio organismo jurídico y las especiales condiciones exigidas para su existencia como tal, para su eficacia jurídica y para todas las consecuencias legales que de ella pueden surgir entre las partes ó entre éstas y los terceros interesados.

993. Este es el examen particular que nos proponemos hacer en este libro, y teniendo presente cuanto se ha dicho en la Parte general respecto de la ley que debe regir las obligaciones convencionales, y cuanto se ha expuesto en los Libros anteriores acerca de la condición jurídica de las personas y de su capacidad, y de la condición de las cosas que pueden ser objeto de derechos, procuraremos investigar cuál debe ser la ley reguladora de las relaciones jurídicas que de cada convención pueden derivarse, y las consecuencias de tales relaciones.

Examinaremos, pues, los diferentes contratos nominados siguiendo la división que de ellos se ha hecho en los diversos Códigos

y el orden en que pueden clasificarse, distinguiéndolos en sinalagmáticos ó bilaterales perfectos ó imperfectos, unilaterales y de garantía.

Haremos, por último, una aplicación de los principios generales á las relaciones obligatorias que pueden nacer sin convención, esto es, mediante los cuasi-contratos, los delitos ó los cuasi-delitos.

Además de los contratos á título oneroso, hay otros á título gratuito ó de beneficencia, por los que puede concederse cualquier ventaja á una ó más personas, no en consideración á una prestación cualquiera á la que una de ellas esté obligada, sino independientemente de esto.

Si nos hubiésemos fijado principalmente en esto y hubiéramos considerado que la donación presenta el carácter de relación contractual á título gratuito, habríamos expuesto también en este Libro los principios concernientes á la donación como acto entre vivos mediante el cual puede una persona disponer de sus bienes en beneficio de otra, sencillamente por hacer de este modo un acto de beneficencia. Pero como la donación, además de tener muchos puntos de contacto con las relaciones contractuales, se halla unida también con las que se derivan de la sucesión, y no podrían hallar muchas reglas su completo desarrollo independiente de las que conciernen á los derechos de sucesión, hemos creído preferible tratar de la donación en último lugar, con objeto de poder aplicar á ella los principios que le corresponden por el carácter contractual que puede atribuírsela y los concernientes al derecho de sucesión, con la que tiene también muchos puntos de contacto.

Nos limitaremos, pues, en este Libro á tratar sólo de los contratos y de las obligaciones convencionales.

Comenzaremos con el contrato de capitulaciones matrimoniales, que ha sido considerado por algunos, y lo es realmente, como parte integrante de las relaciones y derechos de familia; pero hemos creído, sin embargo, que debemos tratar de él en este Libro, sin desconocer que por su naturaleza especial y por su objeto debe reputarse, con razón, como estrechamente unido al derecho de familia.

El Tribunal de apelación (*Corte*) de París ha hecho también otra aplicación de la misma doctrina en otro caso que presenta circunstancias más singulares.

Tratábase de un matrimonio celebrado en Italia sin capitulaciones matrimoniales, por un francés que se había establecido aquí por razón de comercio, y que tenía un establecimiento industrial en Palermo y había contraído matrimonio con una señora italiana. Los cónyuges habían ido luego á establecerse en Francia, y en los actos allí celebrados habían declarado haberse casado adoptando el régimen de la comunidad legal según el Código francés, lo que también se deducía del testamento hecho por el marido. El Tribunal de apelación (*Corte*) estableció que no habiendo hecho los cónyuges declaración expresa respecto del régimen de los bienes, había que admitir su presunta intención de regular sus intereses sujetándose á las leyes del país donde tenían establecido su domicilio conyugal; que el art. 1.393 del Código civil francés, con arreglo al que debía presumirse establecida la comunidad legal á falta de convenio en contrario, debía reputarse como el derecho común de Francia relativo á los matrimonios contraídos allí entre franceses; y que como la regla sancionada por el mencionado derecho tiene su fundamento en la intención de las partes, no puede hacerse extensiva á los matrimonios contraídos fuera de Francia entre un francés y una extranjera, sino que respecto de éstos, debía presumirse, por el contrario, que habían querido referirse pura y simplemente á la ley del país donde habían contraído el matrimonio. El Tribunal, por tanto, considerando que con arreglo á la ley italiana no se admite régimen legal alguno de bienes á falta de capitulaciones matrimoniales, excluyó el régimen de la comunidad, aunque los cónyuges hayan declarado en actos posteriores haberlo querido adoptar, porque dice aquél que no habiéndose admitido dicho régimen al contraer el matrimonio, no podía serlo en atención á los actos posteriores, puesto que en virtud de éstos no podía cambiarse lo que primitivamente se había establecido.

Con esta sentencia entiende dicho Tribunal confirmar la regla admitida por la jurisprudencia, á saber: que, respecto de los bienes de los cónyuges, todo debe depender de su intención y que

la determinación de ésta es una cuestión de hecho sometida por completo á la soberana apreciación del Juez.

Dejando aparte lo concerniente á la cuestión de principios, esto es, á si las relaciones patrimoniales de los cónyuges deben ó no depender, á falta de convenio expreso, de la misma ley por la que debe regirse el matrimonio, nos parece que, aun admitiendo el concepto de que todo debe depender de la intención de las partes y de la ley del país donde el contrato matrimonial se haya celebrado, en las particulares circunstancias del caso de que se trata no hubiera debido excluirse la aplicación de la ley francesa, pues aun dado que todo deba depender de la intención y que de la circunstancia de haber contraído un francés matrimonio en Italia se quisiera deducir que éste tenía intención de atenerse pura y simplemente á la ley italiana, no debía aplicarse ésta con preferencia á la ley francesa, si se hubiese tenido presente que con arreglo á la misma ley italiana, las relaciones de familia deben regularse por la ley de la nación á que pertenezcan las personas. Tratándose de un francés que se hallaba en Palermo para ejercer una industria, parece que la aplicación de la ley francesa para determinar el régimen de los bienes á falta de convenio expreso, debía deducirse por la misma disposición decretada por el legislador italiano, esto es, que las relaciones de familia debían regirse por la ley nacional, y por la circunstancia de que con el matrimonio habían pasado á constituir una familia francesa.

El Tribunal de Marsella, en sentencia de 13 de Marzo de 1875, admitió que, respecto de un italiano que se había unido en matrimonio en Francia ante su propio cónsul, debía aplicarse la ley italiana para regular las relaciones patrimoniales á falta de capitulaciones matrimoniales (1); pero lo afirmó porque consideró la circunstancia de haber contraído el matrimonio ante el cónsul nacional como prueba segura de la presunta intención de querer conservar el domicilio en el país de origen, y de querer quedar sometido á las leyes de éste. Resulta, pues, evidente que

(1) Véase el texto de la sentencia de 12 de Julio de 1889, *Clunet, Journal*, 1889, pág. 845.

aquel tribunal no quiso admitir como máxima la preponderancia del estatuto personal dependiente de la nacionalidad (1).

El Tribunal de apelación (*Corte*) de Burdeos estableció, en principio, que cuando un francés haya contraído matrimonio fuera de Francia con una extranjera sin hacer contrato de capitulaciones, deberá determinarse el régimen de los bienes conyugales con arreglo á la ley francesa, en atención á la nacionalidad del marido; pero aunque sienta decididamente dicha regla, considera, no obstante, que procede la aplicación de la ley francesa, no por el solo y único motivo de la nacionalidad del marido, sino también porque no resultando la intención formal de establecerse en el extranjero sin propósito de volver á la patria, el domicilio del marido debía considerarse como establecido ó conservado en Francia (2).

De todo lo cual puede deducirse que, teniendo en cuenta la teoría sancionada por los Tribunales franceses, debe considerarse aceptado como máxima por los mismos que el estatuto por que ha de determinarse el régimen de los bienes de los cónyuges debe depender del domicilio conyugal más bien que de la nacionalidad.

1.005. En Suiza, respecto de los cónyuges unidos en matrimonio fuera de su Cantón de origen, habiéndose adherido algunos Estados al Convenio de 1822 — el cual establece como regla general que los contratos de matrimonio deberán regirse por la ley del Cantón de origen de los esposos, lo mismo que la sucesión—admiten la preferencia de la ley de la patria. Por el contrario, otros Cantones que han conservado su libertad respecto del mantenimiento del Convenio, dan la preferencia á la legislación del Cantón donde tengan los esposos su domicilio al contraer matrimonio.

1.006. Nos nos cansaremos de repetir que lo que consideramos indispensable, es que se establezca una uniformidad de principios sobre materia tan importante como es la del régimen

(1) Clunet, *Journal*, pág. 182.

(2) Véase á Clunet, lugar citado, y Aix, 12 de Marzo de 1878, *Journal*, 1878, pág. 610.

conyugal, estableciendo los Estados, de común acuerdo, la regla constante á que deban sujetarse los derechos de los cónyuges sobre los bienes situados donde quiera que sea, y sin romper la unidad del sistema, en atención á hallarse los bienes en éste ó en aquél país. Pero sea la ley del domicilio conyugal ó la del país de donde sea natural el marido, la que se estime preferible, lo interesante es que una ú otra sea declarada, por virtud de acuerdo internacional, como la que deba tener autoridad en todas las relaciones de familia, sin romper la unidad del principio jurídico-legal que deba regirlas.

En resumen, los dos sistemas, el que admite la preferencia del domicilio conyugal y el que la atribuye á la nacionalidad, se hallan uno frente á otro y apoyados, no sólo por la doctrina de los tratadistas, sino también por la de numerosas sentencias.

Para ser consecuentes, mantenemos nuestra opinión de que todo debe depender de la nacionalidad del marido.

Una de las razones por las cuales desde luego no nos parece más conveniente atribuir tal autoridad á la del domicilio conyugal, es la de que la cuestión del mencionado domicilio es de suyo compleja, pues los mismos juristas no están de acuerdo sobre su concepto. En efecto, algunos no establecen diferencia entre el domicilio ordinario y el domicilio matrimonial; otros, por el contrario, y lo mismo piensa Merlin (1), dicen que el domicilio conyugal de los esposos debe reputarse que es aquel en que éstos, al unirse, se proponen establecerse.

Conviene ahora considerar que esta intención de establecerse en un lugar con preferencia á otro, debiendo deducirse de las circunstancias, no siempre puede determinarse seguramente. Puede suceder además que no sea común á entrambas partes, pues cuando no se haya hecho declaración explícita de querer establecerse en una localidad dada y no sea la esposa del mismo

(1) Merlin, *Repart.*, v.º Ley, § 6.º Lo mismo establece la Corte de Pau en su sentencia del 26 de Julio de 1886. «Por domicilio conyugal, dice, debe entenderse, no ya el domicilio actual anterior del uno ó del otro de los esposos, no el lugar donde se haya celebrado el matrimonio, sino aquél en que los esposos quieran establecerse después de la celebración». Clunet, *Journal*, 1889, pág. 17.

parecer que el marido, éste podría tener en la mente la idea de regresar á su patria, y la esposa, por el contrario, la de querer continuar viviendo donde se haya celebrado el matrimonio.

El Tribunal de apelación (*Corte*) de Burdeos, en la mencionada sentencia de 2 de Junio de 1875, establece como principio que la aplicación de la ley francesa respecto de un matrimonio sin capitulaciones, contraído por un francés con una extranjera, debía admitirse ó excluirse, según pudiera admitirse ó excluirse la circunstancia de la intención de regresar á Francia. Mas si todo debiera depender del domicilio que tuvieran al contraer el matrimonio, ¿cómo admitir luego que lo que en lo sucesivo se propongan hacer los cónyuges pueda tener decisiva importancia? Y si el suceso futuro no estuviera en la intención de las dos partes, ¿cómo admitir que lo que una hubiera querido pudiera influir en la intención de la otra?

Parécenos que para simplificar y evitar la incertidumbre, cuando no quiera admitirse el sistema más racional, esto es, que el estatuto familiar debiera depender de la nacionalidad, atribuyendo á la ley de cada Estado la autoridad que tiene respecto de los ciudadanos que constituyan familia en el extranjero, sería mejor admitir que todo debiera depender de la ley de la localidad donde el contrato se hubiere estipulado entre los cónyuges, presumiendo, á falta de declaración expresa en contrario, que han querido éstos atenerse y someterse á la misma en el momento en que contraen el matrimonio, y que para las consecuencias que pudieran resultar de los pactos celebrados ó que con arreglo á su presunta intención hubieran de considerarse establecidos, debían admitirse todas las limitaciones con arreglo á las leyes de la patria, si ocurriera que los cónyuges hubieran querido deducir en su patria las consecuencias del contrato que entre sí hubieren estipulado ó de las relaciones entre ellos establecidas. De este modo se evitaría la dificultad del domicilio de hecho y del domicilio conyugal, y considerando en principio que todo debiera depender de la intención expresa ó inferida de las circunstancias, se admitiría, pues, la limitación de los pactos contractuales ó de los que debieran considerarse presuntamente establecidos, cuando hubiera que cumplimentar el contrato en la patria ó de-

ducir en contra de la ley patria las consecuencias de las relaciones patrimoniales establecidas de conformidad con la ley extranjera bajo la que se contrajo el matrimonio (1).

1.007. De cualquier modo, sea uno ú otro el sistema que quiera preferirse, no podrá ponerse en duda que urge en gran manera adoptar, mediante acuerdo internacional, una regla cierta y constante.

Consideramos indispensable además hacer notar que cualquiera que pueda ser la regla fijada mediante acuerdo internacional, no debiera admitirse nunca que la que haya de regular el matrimonio, en cuanto es la base de las relaciones de familia, pudiera ser diferente de la que deba regular las relaciones patrimoniales. La unidad del concepto legislativo debe, por el contrario, reputarse indispensable para la estrecha dependencia entre uno y otro orden de relaciones, y habría que excluir que al contrato de matrimonio pudieran aplicársele las mismas reglas que á los demás contratos de derecho privado.

Debemos insistir en este punto, sobre todo porque reputados juriconsultos pensaron de distinto modo acerca de esto. Westlake, entre otros, dice, que si el matrimonio va acompañado de un contrato ó de un convenio expreso relativo á los bienes, la validez de tal contrato ó de tal convenio y los derechos de las partes que de ellos dimanar, deben determinarse con las mismas reglas que se aplican á cualquiera otro contrato hecho en el lugar donde se haya contraído matrimonio y que deba cumplirse en la del domicilio conyugal (2).

(1) El Tribunal de casación francés admite esta regla en la causa *Lesieur*, decidiendo, en efecto, que los extranjeros que contraigan matrimonio en un país dado, deben someterse á la ley de éste como regla de sus aportaciones conyugales. Pero esta ley no podría reputarse eficaz en Francia para los efectos que no pudieran derivarse respecto de los derechos á los inmuebles pertenecientes á los esposos, y esto en virtud del art. 3.º del Código civil, que somete los inmuebles situados en Francia, aunque poseídos por extranjeros, á la ley francesa, y que en su generalidad abraza todos los derechos reales que sean reclamados sobre los inmuebles. *Casación*, 4 de Abril de 1881; *Clunet, Journal*, pág. 87.

(2) *Private international Law*, § 371.

Refiere Foote el caso resuelto por Lord Romilly en la causa Este y Smyth (1). Tratábase de un matrimonio contraído por súbditos ingleses en la embajada inglesa de París, los cuales habían celebrado las capitulaciones matrimoniales en Francia. El Juez sentenció que la validez del matrimonio debía apreciarse con arreglo al derecho inglés; pero que las capitulaciones matrimoniales, por lo que concierne á los derechos patrimoniales de las partes, debían apreciarse con arreglo á la ley francesa. En aquel caso podía sostenerse esa regla en atención á que, según el derecho inglés, es admitida la mayor libertad de las partes para establecer los pactos nupciales. Pero hay que tener siempre presente, que no debiera establecerse en principio que el matrimonio pudiera regirse por una ley y el contenido sustancial de las relaciones patrimoniales que dimanar del mismo matrimonio ó del contrato de capitulaciones puedan regirse por otra distinta. Insistimos, por el contrario, en sostener que, sea la ley del domicilio ó la del Estado la que quiera reputarse como ley de las relaciones de familia, esa misma debía tener autoridad no sólo para decidir acerca de la validez del matrimonio como estado personal, sino también para decidir acerca del contenido sustancial de las relaciones patrimoniales. La autoridad de la ley local sólo debería admitirse, pues, para aquellas relaciones que deben permanecer sometidas á la autoridad de la misma, por virtud de la ley á la cual el matrimonio debe siempre quedar sujeto. Lo mismo deberá decirse de ciertos efectos extrínsecos que pueden derivarse del contrato de capitulaciones entre las partes y en frente de terceros, y también para lo concerniente á la validez de la forma del propio contrato.

1.008. En algún caso enteramente particular, nos parece que con razón debe admitirse que el domicilio conyugal pueda ser decisivo para determinar el régimen matrimonial de los bienes, aunque en la hipótesis de que sea reputado como regla de derecho común que tal régimen, á falta de contrato, debía determinarse con arreglo á la ley del Estado de que sea ciudadano el marido. Tal consideraríamos el caso decidido por el Tribu-

(1) *Private international jurisprudence*, pág. 242.

nal civil de Ginebra el 9 de Mayo de 1884 (1). Tratábase de un sardo, domiciliado hacía mucho tiempo en Suiza, que volvió á su país, y habiendo contraído matrimonio en él sin capitulaciones, volvió á Suiza y mantuvo allí su domicilio, y después de dos años obtuvo luego la naturalización. Aun cuando el cambio del estado personal no resulte legalmente sino del cambio de nacionalidad, sin embargo, las circunstancias particulares en la especie, eran tales que justificaban plenamente el efecto retroactivo de la naturalización obtenida, á fin de someter á la ley de la patria de elección las relaciones patrimoniales de los cónyuges que se habían unido en matrimonio con la intención de hacerse súbditos suizos. Comprendemos que, ateniéndose al rigor de los principios no puede justificarse del todo dicha solución, pero así como la intención de las partes debe tener sin duda su importancia en esta materia de relaciones contractuales y el cambio de nacionalidad no crea un obstáculo para el reconocimiento y para el respeto de dicha intención, del mismo modo, según la naturaleza y la razón de las cosas, puede justificarse la solución.

1.009. Pero para determinar y aclarar mejor nuestro concepto respecto de lo concerniente al valor que puede atribuirse á la intención de las partes, no pretendemos seguramente sostener que no deba ser ésta en ninguno de ambos sistemas, materia de discusión ni contienda. En efecto, para todo lo que deba reputarse dentro del campo del poder convencional de los cónyuges, con arreglo á la ley á que deba quedar sometido el matrimonio, así como debe admitirse el valor efectivo de los pactos expresos estipulados entre ellos en virtud de la facultad que les corresponde según la ley, del mismo modo debe admitirse también el valor de los pactos tácitos deducidos de las circunstancias propias para determinar la presunta intención de las partes.

Lo mismo podría decirse, por ejemplo, en la hipótesis de dos esposos israelitas que, al contraer matrimonio, hubiesen declarado que sus derechos de sucesión deberían regirse por la ley hebrea. Ahora bien, dado que éstos no hubiesen hecho convenio al-

(1) *Clunet, Journal*, 1886, pág. 249.

guno expreso respecto del régimen conyugal y que el régimen conyugal de los bienes, según la ley israelita vigente, no debiera considerarse en oposición con lo que pudiera haberse establecido mediante convenio con arreglo á la ley reguladora de las relaciones de familia, podría sostenerse con razón que, teniendo en cuenta la intención de las partes deducida de la declaración expresa con respecto á los derechos de sucesión y también de la de pertenecer ambos á la confesión israelita, los usos con arreglo á la ley judaica podrían valer asimismo para determinar las relaciones patrimoniales por ellos establecidas mediante el convenio tácito.

Y para hacer más claro nuestro concepto, refiriéndonos á cuanto dispone el art. 1.398 (a) del Código civil francés, notamos que, según el mismo, los franceses que se unen en matrimonio sin contrato, se hallan de pleno derecho sometidos al régimen de la comunidad legal. Sin embargo, el legislador no establece el régimen de la comunidad legal como una regla absoluta obligatoria respecto de los franceses que se unen en matrimonio, sino que la establece como la norma del régimen más conforme con la presunta intención de las partes, cuando éstas no hayan manifestado una intención diferente. Así, pues, la regla de la comunidad legal debe ciertamente admitirse siempre, y no podría excluirse sin manifiesta y expresa intención contraria en el caso de matrimonio contraído en Francia; pero así como luego se apoya aquélla en la presunta intención de las partes, puede con razón ser excluida en el caso de matrimonio celebrado en el extranjero, cuando las particulares circunstancias del caso sean tales que justifiquen una presunta intención contraria. En una palabra, admitimos que, en la esfera del poder convencional, debe reputarse decisiva la intención de las partes, no sólo cuando ésta sea manifiesta y expresa, sino también cuando pueda ser claramente deducida de las particulares circunstancias del caso, habida consideración al derecho común vigente en el país donde se contrajo el matrimonio (1).

(a) En esta cita hay una errata, pues el artículo que trata de esta materia y á que debe referirse es, sin duda, el 1.400.

(1) Confr. la sentencia del Tribunal del Sena de 5 de Abril de 1887,

Por el contrario, el caso en que negamos todo valor á la intención de las partes, es cuando se quiere, en virtud de ésta, atribuir á las mismas la facultad de desconocer la autoridad de la ley reguladora de las relaciones de familia, y de someterse á una ley extranjera que no pueda considerarse llamada á regular dichas relaciones.

Por consiguiente, negamos el valor de la intención en el sentido que la entiende la jurisprudencia francesa, que todo lo hace depender de la intención de las partes, y estima la disposición del art. 1.400 del Código civil, que considera la comunidad legal de derecho común, á falta de convenio, aplicable á los cónyuges extranjeros que hayan contraído matrimonio en Francia, y sin preocuparse de si la comunidad legal puede ó no ser admitida, según la ley nacional ó la del domicilio conyugal (1).

1.010. Los Tribunales franceses han aceptado esta teoría, fundándose en el concepto de que todo debe depender de la presunta voluntad de las partes, de que puede deducirse de las circunstancias su intención de someterse á tal ley francesa, y de que tampoco puede reputarse indispensable que los cónyuges tengan en Francia su domicilio legal, sino que debe reputarse suficiente el domicilio de hecho (2).

Estos han considerado, en efecto, que la autorización del Gobierno para establecer el domicilio en Francia, ocurre sola-

Clunet, *Journal*, 1887, pág. 334, y la del Tribunal de apelación de Aix, de 22 de Junio de 1886; *ibid.*, 1888, pág. 515.

(1) Véase Cas. 11 de Julio de 1855, D. 56, 1, 9; Cas. 4 de Marzo de 1857, S. 57, 1, 247; Burdeos, 23 de Febrero de 1876; Clunet, *Journal*, 1887, pág. 237; Aix, 12 de Marzo de 1878, *ibid.*, 1878, pág. 610; Burdeos, 18 de Enero de 1882, *ibid.*, 1882, pág. 339; Trib. Sena, 25 de Enero de 1882, *ibid.*, 1882, pág. 74 y la nota; Rodiere et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, núm. 34; Toullier, t. XII, pág. 91; Bellot de Minier, *Contrat de mariage*, núm. 45; Demolombe, *Contrat de mariage*, t. I, núm. 87; Aubry y Rau, t. V, § 504, pág. 275; Marsella, 12 de Enero de 1865; Clunet, *Journal*, 1885; Merlín, *Repert.*, v.º Ley, § 6.º, núm. 2.º y *Convention matrimoniale*, § 2.º

(2) Véase Cas. fr. 15 de Julio de 1885; Clunet, *Journal*, 1886, página 93; París, 15 de Diciembre de 1853; Dalloz, 55, 2, 192; París, 3 de Agosto de 1849; *ibid.*, 49, 2, 182.

mente cuando se trata de atribuir á un extranjero la facultad de disfrutar de todos los derechos civiles correspondientes á los ciudadanos del país, pero la facultad de regular los convenios matrimoniales según la libre intención de los contrayentes, proviene del Derecho de gentes, y que la intención puede también deducirse de las circunstancias. Asimismo han considerado que la intención de someterse á la ley francesa, puede deducirse de la circunstancia del establecimiento en Francia al contraer matrimonio ó de la de haberse establecido en ella inmediatamente después de haberlo contraído.

Fundándose en esto los Tribunales franceses han admitido como máxima, que las disposiciones de la ley sobre el régimen legal de los bienes, no deben considerarse en relación con el estatuto personal, ni tampoco con el del estatuto real, pues, en suma, todo debe depender, en esta materia, de la intención de los esposos, y por consiguiente, el Tribunal de apelación de Aix decidió que dos italianos que habían contraído matrimonio en Tolón, debían considerarse casados bajo el régimen de la comunidad legal, puesto que, así como todo debe depender de la voluntad de las partes, la circunstancia de hallarse éstas en Francia al tiempo de casarse, debía reputarse suficiente para hacer presumir su voluntad de aceptar el régimen legal según el Código francés (1). Que no podía, pues, ser obstáculo, que prohibiera el Código sardo la comunidad legal y que no concediera que se estipulase sino la sociedad de gananciales (lo mismo que dispone el Código italiano en el art. 1.433), lo dice el Tribunal de casación, que hubo de considerar que la prohibición del Código civil sardo debía mirarse como de orden público territorial, que no concernía al estado y capacidad de las personas, y que, prohibiendo á los esposos que estipulen la comunidad, no podía ser eficaz dicha prohibición sino respecto de los bienes existentes en Italia, pero no para los existentes en Francia (2).

(1) Aix, 24 de Noviembre de 1854; Dalloz, 1857, 2, 43; Paris, 6 de Febrero de 1865; Sirey, 1865, 1, 222.

(2) Cas. Reje, 4 de Marzo de 1857; Sirey, 1857, I, pág. 247; y Da-

En algunos casos los Tribunales franceses han dado la preferencia á la ley de la patria para determinar con arreglo á ella el régimen de los bienes, pero siempre en vista de la presunta intención de los esposos. Así, en caso de matrimonio celebrado en Francia por un marroquí, se considera que el régimen de los bienes debe determinarse según los usos vigentes en Marruecos, porque el Tribunal de casación consideró la circunstancia de haber celebrado el matrimonio ante el rabino y haber observado los esposos las formas y los usos adoptados en Marruecos como suficientes para hacer que se admita que había sido evidente la presunta intención de los contrayentes de referirse á los usos allí vigentes (1).

Siempre por las mismas razones, los Tribunales franceses han declarado aplicable el derecho extranjero á los extranjeros unidos en matrimonio sin capitulaciones matrimoniales ante su cónsul nacional ó en el palacio de la embajada, porque han considerado dicha circunstancia suficiente por sí misma para hacer que se admita la presunta intención de los esposos, de querer someterse á la ley de su patria más bien que á la francesa (2).

1.011. Volviendo ahora á la máxima, tal como se halla establecida por la jurisprudencia, hay que admitir que, en la hipótesis, por ejemplo, de dos ingleses que hayan contraído matrimonio ante el cónsul de su patria ó en el palacio de la embajada británica, no podrá considerárseles unidos bajo el régimen de la comunidad legal según el Código francés, puesto que la autoridad del mismo debía considerarse excluida en atención á la presunta intención de las partes.

Habría, por consiguiente, que atenderse al derecho inglés y no al francés para resolver cualquiera controversia entre dichos cónyuges ó sus respectivos derechos de propiedad y administra-

lloz, 1857, I, pág. 109; *Journal du Palais*, 1857, pág. 1.143 y las sentencias allí citadas.

(1) Cas. 18 de Mayo de 1886, Clunet, *Journal*, 1886, pág. 456.

(2) Véase la sentencia del Tribunal de Marsella, 13 de Marzo de 1876, pág. 182, y Aix, 12 de Marzo de 1878, *Journal*, 1878, pág. 610.

ción sobre bienes existentes ó adquiridos en Francia, fuesen éstos muebles ó inmuebles, y no podría reputarse aquí, por ejemplo, como común el inmueble adquirido en Francia por la mujer con la autorización del marido, por virtud de cuanto dispone á este propósito la ley francesa respecto de los cónyuges casados sin capitulaciones matrimoniales. Hay, por el contrario, que atenerse al derecho inglés, y considerando que, con arreglo á éste, cuando no se haya hecho pacto expreso que haya reservado á la mujer la propiedad de lo adquirido por ella, debe mirarse la cosa como adquirida para el marido, y habrá de resolverse con arreglo al derecho común inglés toda cuestión y decidirse si la propiedad había de atribuirse al marido ó á la mujer y si la enajenación del inmueble adquirido podía ser consentida por el marido con ó sin el concurso de la mujer, y así en lo demás.

En Suiza, la mayor parte de las legislaciones vigentes en los diversos Cantones no admiten el sistema de la comunidad legal según el Código francés; por eso parece que también la cuestión del régimen matrimonial respecto de los suizos que contraen matrimonio en el extranjero, no se considera entre las que siempre deben resolverse de conformidad con el estatuto personal, sino que resulta, por el contrario, según lo que acerca de ello dice Roquin, que el Consejo federal, antes de la creación del actual Tribunal federal, había excluído en esta materia la preponderancia del estatuto personal.

El citado escritor reproduce, en efecto, una sentencia de 1856 (*Ullmer*, núm. 559), la cual declaraba que «los derechos de propiedad, que comprenden también los derechos de los esposos en cuanto á sus bienes, no pueden incluirse entre las cuestiones regidas por el estatuto personal». El mismo autor recuerda otra decisión del Consejo federal tomada en 1861, y dice: «que la tendencia actual en Suiza, es resolver intercantonalmente la cuestión del régimen matrimonial, á falta de contrato, con arreglo á la legislación del país del domicilio y no según la del país de origen del marido» (1).

(1) Véase Roquin, *Du régime matrimonial des suisses mariés en France*, en el *Journal de Clunet*, 1886, pág. 561-62.

§ 2.º

De la inmutabilidad de los convenios matrimoniales.

1.012. Concepto de la inmutabilidad del régimen matrimonial.—**1.013.** Nuestra teoría sobre la autoridad de la *lex rei sitae* respecto de las relaciones patrimoniales de los cónyuges.—**1.014.** Confirmación de la misma con la autoridad de los escritores y de la jurisprudencia.—**1.015.** Observaciones sobre la sentencia de la Audiencia de París de 5 de Febrero de 1887.—**1.016.** Principios establecidos en la jurisprudencia de otros países.—**1.017.** De la facultad de cambiar las capitulaciones matrimoniales.—**1.018.** Concepto de la regla de la inmutabilidad y consecuencias que de ella se pueden deducir.—**1.019.** Aplicaciones hechas por nosotros á la cuestión del acrecentamiento de la dote.—**1.020.** El derecho de los cónyuges en frente del de terceros.—**1.021.** Se confirma nuestra teoría con la autoridad de la jurisprudencia más reciente.—**1.022.** Se resumen los principios relativos á ella.

1.012. Debemos examinar ahora las consecuencias que pueden derivarse, admitiendo uno de los dos sistemas expuestos con respecto al ejercicio de los derechos relativos al régimen de los bienes pertenecientes á los cónyuges, teniendo en cuenta las capitulaciones matrimoniales de las cuales provengan, y la ley que debe reputarse llamada á regirlos.

Uno de los puntos acerca de los cuales debieran los juriscultores de todos los países estar de acuerdo, además del de la unidad del concepto legislativo que debe informar el régimen de los bienes de los cónyuges, es el de la inmutabilidad de dicho régimen después de establecido.

El principio de la inmutabilidad del régimen matrimonial que debe regular las relaciones de los cónyuges con respecto á sus bienes, debe considerarse como la consecuencia necesaria de la comunidad de la vida, bajo cualquier aspecto, que con el mismo hecho del matrimonio viene á establecerse, y en que no podría admitirse que la sociedad conyugal pudiera hallarse sometida á tantas legislaciones diferentes cuantos fueran los países en los cuales poseyesen bienes los cónyuges, ó hicieren su adquisición, sin desconocer el principio de unidad que siempre debe ponerse como base de las relaciones de familia.

El Tribunal de apelación (*Corte*) de París ha hecho también otra aplicación de la misma doctrina en otro caso que presenta circunstancias más singulares.

Tratábase de un matrimonio celebrado en Italia sin capitulaciones matrimoniales, por un francés que se había establecido aquí por razón de comercio, y que tenía un establecimiento industrial en Palermo y había contraído matrimonio con una señora italiana. Los cónyuges habían ido luego á establecerse en Francia, y en los actos allí celebrados habían declarado haberse casado adoptando el régimen de la comunidad legal según el Código francés, lo que también se deducía del testamento hecho por el marido. El Tribunal de apelación (*Corte*) estableció que no habiendo hecho los cónyuges declaración expresa respecto del régimen de los bienes, había que admitir su presunta intención de regular sus intereses sujetándose á las leyes del país donde tenían establecido su domicilio conyugal; que el art. 1.393 del Código civil francés, con arreglo al que debía presumirse establecida la comunidad legal á falta de convenio en contrario, debía reputarse como el derecho común de Francia relativo á los matrimonios contraídos allí entre franceses; y que como la regla sancionada por el mencionado derecho tiene su fundamento en la intención de las partes, no puede hacerse extensiva á los matrimonios contraídos fuera de Francia entre un francés y una extranjera, sino que respecto de éstos, debía presumirse, por el contrario, que habían querido referirse pura y simplemente á la ley del país donde habían contraído el matrimonio. El Tribunal, por tanto, considerando que con arreglo á la ley italiana no se admite régimen legal alguno de bienes á falta de capitulaciones matrimoniales, excluyó el régimen de la comunidad, aunque los cónyuges hayan declarado en actos posteriores haberlo querido adoptar, porque dice aquél que no habiéndose admitido dicho régimen al contraer el matrimonio, no podía serlo en atención á los actos posteriores, puesto que en virtud de éstos no podía cambiarse lo que primitivamente se había establecido.

Con esta sentencia entiende dicho Tribunal confirmar la regla admitida por la jurisprudencia, á saber: que, respecto de los bienes de los cónyuges, todo debe depender de su intención y que

la determinación de ésta es una cuestión de hecho sometida por completo á la soberana apreciación del Juez.

Dejando aparte lo concerniente á la cuestión de principios, esto es, á si las relaciones patrimoniales de los cónyuges deben ó no depender, á falta de convenio expreso, de la misma ley por la que debe regirse el matrimonio, nos parece que, aun admitiendo el concepto de que todo debe depender de la intención de las partes y de la ley del país donde el contrato matrimonial se haya celebrado, en las particulares circunstancias del caso de que se trata no hubiera debido excluirse la aplicación de la ley francesa, pues aun dado que todo deba depender de la intención y que de la circunstancia de haber contraído un francés matrimonio en Italia se quisiera deducir que éste tenía intención de atenerse pura y simplemente á la ley italiana, no debía aplicarse ésta con preferencia á la ley francesa, si se hubiese tenido presente que con arreglo á la misma ley italiana, las relaciones de familia deben regularse por la ley de la nación á que pertenezcan las personas. Tratándose de un francés que se hallaba en Palermo para ejercer una industria, parece que la aplicación de la ley francesa para determinar el régimen de los bienes á falta de convenio expreso, debía deducirse por la misma disposición decretada por el legislador italiano, esto es, que las relaciones de familia debían regirse por la ley nacional, y por la circunstancia de que con el matrimonio habían pasado á constituir una familia francesa.

El Tribunal de Marsella, en sentencia de 13 de Marzo de 1875, admitió que, respecto de un italiano que se había unido en matrimonio en Francia ante su propio cónsul, debía aplicarse la ley italiana para regular las relaciones patrimoniales á falta de capitulaciones matrimoniales (1); pero lo afirmó porque consideró la circunstancia de haber contraído el matrimonio ante el cónsul nacional como prueba segura de la presunta intención de querer conservar el domicilio en el país de origen, y de querer quedar sometido á las leyes de éste. Resulta, pues, evidente que

(1) Véase el texto de la sentencia de 12 de Julio de 1889, *Clunet, Journal*, 1889, pág. 845.

aquel tribunal no quiso admitir como máxima la preponderancia del estatuto personal dependiente de la nacionalidad (1).

El Tribunal de apelación (*Corte*) de Burdeos estableció, en principio, que cuando un francés haya contraído matrimonio fuera de Francia con una extranjera sin hacer contrato de capitulaciones, deberá determinarse el régimen de los bienes conyugales con arreglo á la ley francesa, en atención á la nacionalidad del marido; pero aunque sienta decididamente dicha regla, considera, no obstante, que procede la aplicación de la ley francesa, no por el solo y único motivo de la nacionalidad del marido, sino también porque no resultando la intención formal de establecerse en el extranjero sin propósito de volver á la patria, el domicilio del marido debía considerarse como establecido ó conservado en Francia (2).

De todo lo cual puede deducirse que, teniendo en cuenta la teoría sancionada por los Tribunales franceses, debe considerarse aceptado como máxima por los mismos que el estatuto por que ha de determinarse el régimen de los bienes de los cónyuges debe depender del domicilio conyugal más bien que de la nacionalidad.

1.005. En Suiza, respecto de los cónyuges unidos en matrimonio fuera de su Cantón de origen, habiéndose adherido algunos Estados al Convenio de 1822 — el cual establece como regla general que los contratos de matrimonio deberán regirse por la ley del Cantón de origen de los esposos, lo mismo que la sucesión—admiten la preferencia de la ley de la patria. Por el contrario, otros Cantones que han conservado su libertad respecto del mantenimiento del Convenio, dan la preferencia á la legislación del Cantón donde tengan los esposos su domicilio al contraer matrimonio.

1.006. Nos nos cansaremos de repetir que lo que consideramos indispensable, es que se establezca una uniformidad de principios sobre materia tan importante como es la del régimen

(1) Clunet, *Journal*, pág. 182.

(2) Véase á Clunet, lugar citado, y Aix, 12 de Marzo de 1878, *Journal*, 1878, pág. 610.

conyugal, estableciendo los Estados, de común acuerdo, la regla constante á que deban sujetarse los derechos de los cónyuges sobre los bienes situados donde quiera que sea, y sin romper la unidad del sistema, en atención á hallarse los bienes en éste ó en aquél país. Pero sea la ley del domicilio conyugal ó la del país de donde sea natural el marido, la que se estime preferible, lo interesante es que una ú otra sea declarada, por virtud de acuerdo internacional, como la que deba tener autoridad en todas las relaciones de familia, sin romper la unidad del principio jurídico-legal que deba regirlas.

En resumen, los dos sistemas, el que admite la preferencia del domicilio conyugal y el que la atribuye á la nacionalidad, se hallan uno frente á otro y apoyados, no sólo por la doctrina de los tratadistas, sino también por la de numerosas sentencias.

Para ser consecuentes, mantenemos nuestra opinión de que todo debe depender de la nacionalidad del marido.

Una de las razones por las cuales desde luego no nos parece más conveniente atribuir tal autoridad á la del domicilio conyugal, es la de que la cuestión del mencionado domicilio es de suyo compleja, pues los mismos juristas no están de acuerdo sobre su concepto. En efecto, algunos no establecen diferencia entre el domicilio ordinario y el domicilio matrimonial; otros, por el contrario, y lo mismo piensa Merlin (1), dicen que el domicilio conyugal de los esposos debe reputarse que es aquel en que éstos, al unirse, se proponen establecerse.

Conviene ahora considerar que esta intención de establecerse en un lugar con preferencia á otro, debiendo deducirse de las circunstancias, no siempre puede determinarse seguramente. Puede suceder además que no sea común á entrambas partes, pues cuando no se haya hecho declaración explícita de querer establecerse en una localidad dada y no sea la esposa del mismo

(1) Merlin, *Repart.*, v.º Ley, § 6.º Lo mismo establece la Corte de Pau en su sentencia del 26 de Julio de 1886. «Por domicilio conyugal, dice, debe entenderse, no ya el domicilio actual anterior del uno ó del otro de los esposos, no el lugar donde se haya celebrado el matrimonio, sino aquél en que los esposos quieran establecerse después de la celebración». Clunet, *Journal*, 1889, pág. 17.

parecer que el marido, éste podría tener en la mente la idea de regresar á su patria, y la esposa, por el contrario, la de querer continuar viviendo donde se haya celebrado el matrimonio.

El Tribunal de apelación (*Corte*) de Burdeos, en la mencionada sentencia de 2 de Junio de 1875, establece como principio que la aplicación de la ley francesa respecto de un matrimonio sin capitulaciones, contraído por un francés con una extranjera, debía admitirse ó excluirse, según pudiera admitirse ó excluirse la circunstancia de la intención de regresar á Francia. Mas si todo debiera depender del domicilio que tuvieran al contraer el matrimonio, ¿cómo admitir luego que lo que en lo sucesivo se propongan hacer los cónyuges pueda tener decisiva importancia? Y si el suceso futuro no estuviera en la intención de las dos partes, ¿cómo admitir que lo que una hubiera querido pudiera influir en la intención de la otra?

Parécenos que para simplificar y evitar la incertidumbre, cuando no quiera admitirse el sistema más racional, esto es, que el estatuto familiar debiera depender de la nacionalidad, atribuyendo á la ley de cada Estado la autoridad que tiene respecto de los ciudadanos que constituyan familia en el extranjero, sería mejor admitir que todo debiera depender de la ley de la localidad donde el contrato se hubiere estipulado entre los cónyuges, presumiendo, á falta de declaración expresa en contrario, que han querido éstos atenerse y someterse á la misma en el momento en que contraen el matrimonio, y que para las consecuencias que pudieran resultar de los pactos celebrados ó que con arreglo á su presunta intención hubieran de considerarse establecidos, debían admitirse todas las limitaciones con arreglo á las leyes de la patria, si ocurriera que los cónyuges hubieran querido deducir en su patria las consecuencias del contrato que entre sí hubieren estipulado ó de las relaciones entre ellos establecidas. De este modo se evitaría la dificultad del domicilio de hecho y del domicilio conyugal, y considerando en principio que todo debiera depender de la intención expresa ó inferida de las circunstancias, se admitiría, pues, la limitación de los pactos contractuales ó de los que debieran considerarse presuntamente establecidos, cuando hubiera que cumplimentar el contrato en la patria ó de-

ducir en contra de la ley patria las consecuencias de las relaciones patrimoniales establecidas de conformidad con la ley extranjera bajo la que se contrajo el matrimonio (1).

1.007. De cualquier modo, sea uno ú otro el sistema que quiera preferirse, no podrá ponerse en duda que urge en gran manera adoptar, mediante acuerdo internacional, una regla cierta y constante.

Consideramos indispensable además hacer notar que cualquiera que pueda ser la regla fijada mediante acuerdo internacional, no debiera admitirse nunca que la que haya de regular el matrimonio, en cuanto es la base de las relaciones de familia, pudiera ser diferente de la que deba regular las relaciones patrimoniales. La unidad del concepto legislativo debe, por el contrario, reputarse indispensable para la estrecha dependencia entre uno y otro orden de relaciones, y habría que excluir que al contrato de matrimonio pudieran aplicársele las mismas reglas que á los demás contratos de derecho privado.

Debemos insistir en este punto, sobre todo porque reputados juriconsultos pensaron de distinto modo acerca de esto. Westlake, entre otros, dice, que si el matrimonio va acompañado de un contrato ó de un convenio expreso relativo á los bienes, la validez de tal contrato ó de tal convenio y los derechos de las partes que de ellos dimanen, deben determinarse con las mismas reglas que se aplican á cualquiera otro contrato hecho en el lugar donde se haya contraído matrimonio y que deba cumplirse en la del domicilio conyugal (2).

(1) El Tribunal de casación francés admite esta regla en la causa *Lesieur*, decidiendo, en efecto, que los extranjeros que contraigan matrimonio en un país dado, deben someterse á la ley de éste como regla de sus aportaciones conyugales. Pero esta ley no podría reputarse eficaz en Francia para los efectos que no pudieran derivarse respecto de los derechos á los inmuebles pertenecientes á los esposos, y esto en virtud del art. 3.º del Código civil, que somete los inmuebles situados en Francia, aunque poseídos por extranjeros, á la ley francesa, y que en su generalidad abraza todos los derechos reales que sean reclamados sobre los inmuebles. Casación, 4 de Abril de 1881; *Clunet, Journal*, pág. 87.

(2) *Private international Law*, § 371.

Refiere Foote el caso resuelto por Lord Romilly en la causa Este y Smyth (1). Tratábase de un matrimonio contraído por súbditos ingleses en la embajada inglesa de París, los cuales habían celebrado las capitulaciones matrimoniales en Francia. El Juez sentenció que la validez del matrimonio debía apreciarse con arreglo al derecho inglés; pero que las capitulaciones matrimoniales, por lo que concierne á los derechos patrimoniales de las partes, debían apreciarse con arreglo á la ley francesa. En aquel caso podía sostenerse esa regla en atención á que, según el derecho inglés, es admitida la mayor libertad de las partes para establecer los pactos nupciales. Pero hay que tener siempre presente, que no debiera establecerse en principio que el matrimonio pudiera regirse por una ley y el contenido sustancial de las relaciones patrimoniales que dimanar del mismo matrimonio ó del contrato de capitulaciones puedan regirse por otra distinta. Insistimos, por el contrario, en sostener que, sea la ley del domicilio ó la del Estado la que quiera reputarse como ley de las relaciones de familia, esa misma debía tener autoridad no sólo para decidir acerca de la validez del matrimonio como estado personal, sino también para decidir acerca del contenido sustancial de las relaciones patrimoniales. La autoridad de la ley local sólo debería admitirse, pues, para aquellas relaciones que deben permanecer sometidas á la autoridad de la misma, por virtud de la ley á la cual el matrimonio debe siempre quedar sujeto. Lo mismo deberá decirse de ciertos efectos extrínsecos que pueden derivarse del contrato de capitulaciones entre las partes y en frente de terceros, y también para lo concerniente á la validez de la forma del propio contrato.

1.008. En algún caso enteramente particular, nos parece que con razón debe admitirse que el domicilio conyugal pueda ser decisivo para determinar el régimen matrimonial de los bienes, aunque en la hipótesis de que sea reputado como regla de derecho común que tal régimen, á falta de contrato, debía determinarse con arreglo á la ley del Estado de que sea ciudadano el marido. Tal consideraríamos el caso decidido por el Tribu-

(1) *Private international jurisprudence*, pág. 242.

nal civil de Ginebra el 9 de Mayo de 1884 (1). Tratábase de un sardo, domiciliado hacía mucho tiempo en Suiza, que volvió á su país, y habiendo contraído matrimonio en él sin capitulaciones, volvió á Suiza y mantuvo allí su domicilio, y después de dos años obtuvo luego la naturalización. Aun cuando el cambio del estado personal no resulte legalmente sino del cambio de nacionalidad, sin embargo, las circunstancias particulares en la especie, eran tales que justificaban plenamente el efecto retroactivo de la naturalización obtenida, á fin de someter á la ley de la patria de elección las relaciones patrimoniales de los cónyuges que se habían unido en matrimonio con la intención de hacerse súbditos suizos. Comprendemos que, ateniéndose al rigor de los principios no puede justificarse del todo dicha solución, pero así como la intención de las partes debe tener sin duda su importancia en esta materia de relaciones contractuales y el cambio de nacionalidad no crea un obstáculo para el reconocimiento y para el respeto de dicha intención, del mismo modo, según la naturaleza y la razón de las cosas, puede justificarse la solución.

1.009. Pero para determinar y aclarar mejor nuestro concepto respecto de lo concerniente al valor que puede atribuirse á la intención de las partes, no pretendemos seguramente sostener que no deba ser ésta en ninguno de ambos sistemas, materia de discusión ni contienda. En efecto, para todo lo que deba reputarse dentro del campo del poder convencional de los cónyuges, con arreglo á la ley á que deba quedar sometido el matrimonio, así como debe admitirse el valor efectivo de los pactos expresos estipulados entre ellos en virtud de la facultad que les corresponde según la ley, del mismo modo debe admitirse también el valor de los pactos tácitos deducidos de las circunstancias propias para determinar la presunta intención de las partes.

Lo mismo podría decirse, por ejemplo, en la hipótesis de dos esposos israelitas que, al contraer matrimonio, hubiesen declarado que sus derechos de sucesión deberían regirse por la ley hebrea. Ahora bien, dado que éstos no hubiesen hecho convenio al-

(1) *Clunet, Journal*, 1886, pág. 249.

guno expreso respecto del régimen conyugal y que el régimen conyugal de los bienes, según la ley israelita vigente, no debiera considerarse en oposición con lo que pudiera haberse establecido mediante convenio con arreglo á la ley reguladora de las relaciones de familia, podría sostenerse con razón que, teniendo en cuenta la intención de las partes deducida de la declaración expresa con respecto á los derechos de sucesión y también de la de pertenecer ambos á la confesión israelita, los usos con arreglo á la ley judaica podrían valer asimismo para determinar las relaciones patrimoniales por ellos establecidas mediante el convenio tácito.

Y para hacer más claro nuestro concepto, refiriéndonos á cuanto dispone el art. 1.398 (a) del Código civil francés, notamos que, según el mismo, los franceses que se unen en matrimonio sin contrato, se hallan de pleno derecho sometidos al régimen de la comunidad legal. Sin embargo, el legislador no establece el régimen de la comunidad legal como una regla absoluta obligatoria respecto de los franceses que se unen en matrimonio, sino que la establece como la norma del régimen más conforme con la presunta intención de las partes, cuando éstas no hayan manifestado una intención diferente. Así, pues, la regla de la comunidad legal debe ciertamente admitirse siempre, y no podría excluirse sin manifiesta y expresa intención contraria en el caso de matrimonio contraído en Francia; pero así como luego se apoya aquélla en la presunta intención de las partes, puede con razón ser excluida en el caso de matrimonio celebrado en el extranjero, cuando las particulares circunstancias del caso sean tales que justifiquen una presunta intención contraria. En una palabra, admitimos que, en la esfera del poder convencional, debe reputarse decisiva la intención de las partes, no sólo cuando ésta sea manifiesta y expresa, sino también cuando pueda ser claramente deducida de las particulares circunstancias del caso, habida consideración al derecho común vigente en el país donde se contrajo el matrimonio (1).

(a) En esta cita hay una errata, pues el artículo que trata de esta materia y á que debe referirse es, sin duda, el 1.400.

(1) Confr. la sentencia del Tribunal del Sena de 5 de Abril de 1887,

Por el contrario, el caso en que negamos todo valor á la intención de las partes, es cuando se quiere, en virtud de ésta, atribuir á las mismas la facultad de desconocer la autoridad de la ley reguladora de las relaciones de familia, y de someterse á una ley extranjera que no pueda considerarse llamada á regular dichas relaciones.

Por consiguiente, negamos el valor de la intención en el sentido que la entiende la jurisprudencia francesa, que todo lo hace depender de la intención de las partes, y estima la disposición del art. 1.400 del Código civil, que considera la comunidad legal de derecho común, á falta de convenio, aplicable á los cónyuges extranjeros que hayan contraído matrimonio en Francia, y sin preocuparse de si la comunidad legal puede ó no ser admitida, según la ley nacional ó la del domicilio conyugal (1).

1.010. Los Tribunales franceses han aceptado esta teoría, fundándose en el concepto de que todo debe depender de la presunta voluntad de las partes, de que puede deducirse de las circunstancias su intención de someterse á tal ley francesa, y de que tampoco puede reputarse indispensable que los cónyuges tengan en Francia su domicilio legal, sino que debe reputarse suficiente el domicilio de hecho (2).

Estos han considerado, en efecto, que la autorización del Gobierno para establecer el domicilio en Francia, ocurre sola-

Clunet, *Journal*, 1887, pág. 334, y la del Tribunal de apelación de Aix, de 22 de Junio de 1886; *ibid.*, 1888, pág. 515.

(1) Véase Cas. 11 de Julio de 1855, D. 56, 1, 9; Cas. 4 de Marzo de 1857, S. 57, 1, 247; Burdeos, 23 de Febrero de 1876; Clunet, *Journal*, 1887, pág. 237; Aix, 12 de Marzo de 1878, *ibid.*, 1878, pág. 610; Burdeos, 18 de Enero de 1882, *ibid.*, 1882, pág. 339; Trib. Sena, 25 de Enero de 1882, *ibid.*, 1882, pág. 74 y la nota; Rodiere et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, núm. 34; Toullier, t. XII, pág. 91; Bellot de Minier, *Contrat de mariage*, núm. 45; Demolombe, *Contrat de mariage*, t. I, núm. 87; Aubry y Rau, t. V, § 504, pág. 275; Marsella, 12 de Enero de 1865; Clunet, *Journal*, 1885; Merlín, *Repert.*, v.º Ley, § 6.º, núm. 2.º y *Convention matrimoniale*, § 2.º

(2) Véase Cas. fr. 15 de Julio de 1885; Clunet, *Journal*, 1886, página 93; París, 15 de Diciembre de 1853; Dalloz, 55, 2, 192; París, 3 de Agosto de 1849; *ibid.*, 49, 2, 182.

mente cuando se trata de atribuir á un extranjero la facultad de disfrutar de todos los derechos civiles correspondientes á los ciudadanos del país, pero la facultad de regular los convenios matrimoniales según la libre intención de los contrayentes, proviene del Derecho de gentes, y que la intención puede también deducirse de las circunstancias. Asimismo han considerado que la intención de someterse á la ley francesa, puede deducirse de la circunstancia del establecimiento en Francia al contraer matrimonio ó de la de haberse establecido en ella inmediatamente después de haberlo contraído.

Fundándose en esto los Tribunales franceses han admitido como máxima, que las disposiciones de la ley sobre el régimen legal de los bienes, no deben considerarse en relación con el estatuto personal, ni tampoco con el del estatuto real, pues, en suma, todo debe depender, en esta materia, de la intención de los esposos, y por consiguiente, el Tribunal de apelación de Aix decidió que dos italianos que habían contraído matrimonio en Tolón, debían considerarse casados bajo el régimen de la comunidad legal, puesto que, así como todo debe depender de la voluntad de las partes, la circunstancia de hallarse éstas en Francia al tiempo de casarse, debía reputarse suficiente para hacer presumir su voluntad de aceptar el régimen legal según el Código francés (1). Que no podía, pues, ser obstáculo, que prohibiera el Código sardo la comunidad legal y que no concediera que se estipulase sino la sociedad de gananciales (lo mismo que dispone el Código italiano en el art. 1.433), lo dice el Tribunal de casación, que hubo de considerar que la prohibición del Código civil sardo debía mirarse como de orden público territorial, que no concernía al estado y capacidad de las personas, y que, prohibiendo á los esposos que estipulen la comunidad, no podía ser eficaz dicha prohibición sino respecto de los bienes existentes en Italia, pero no para los existentes en Francia (2).

(1) Aix, 24 de Noviembre de 1854; Dalloz, 1857, 2, 43; Paris, 6 de Febrero de 1865; Sirey, 1865, 1, 222.

(2) Cas. Reje, 4 de Marzo de 1857; Sirey, 1857, I, pág. 247; y Da-

En algunos casos los Tribunales franceses han dado la preferencia á la ley de la patria para determinar con arreglo á ella el régimen de los bienes, pero siempre en vista de la presunta intención de los esposos. Así, en caso de matrimonio celebrado en Francia por un marroquí, se considera que el régimen de los bienes debe determinarse según los usos vigentes en Marruecos, porque el Tribunal de casación consideró la circunstancia de haber celebrado el matrimonio ante el rabino y haber observado los esposos las formas y los usos adoptados en Marruecos como suficientes para hacer que se admita que había sido evidente la presunta intención de los contrayentes de referirse á los usos allí vigentes (1).

Siempre por las mismas razones, los Tribunales franceses han declarado aplicable el derecho extranjero á los extranjeros unidos en matrimonio sin capitulaciones matrimoniales ante su cónsul nacional ó en el palacio de la embajada, porque han considerado dicha circunstancia suficiente por sí misma para hacer que se admita la presunta intención de los esposos, de querer someterse á la ley de su patria más bien que á la francesa (2).

1.011. Volviendo ahora á la máxima, tal como se halla establecida por la jurisprudencia, hay que admitir que, en la hipótesis, por ejemplo, de dos ingleses que hayan contraído matrimonio ante el cónsul de su patria ó en el palacio de la embajada británica, no podrá considerárseles unidos bajo el régimen de la comunidad legal según el Código francés, puesto que la autoridad del mismo debía considerarse excluida en atención á la presunta intención de las partes.

Habría, por consiguiente, que atenderse al derecho inglés y no al francés para resolver cualquiera controversia entre dichos cónyuges ó sus respectivos derechos de propiedad y administra-

lloz, 1857, I, pág. 109; *Journal du Palais*, 1857, pág. 1.143 y las sentencias allí citadas.

(1) Cas. 18 de Mayo de 1886, Clunet, *Journal*, 1886, pág. 456.

(2) Véase la sentencia del Tribunal de Marsella, 13 de Marzo de 1876, pág. 182, y Aix, 12 de Marzo de 1878, *Journal*, 1878, pág. 610.

ción sobre bienes existentes ó adquiridos en Francia, fuesen éstos muebles ó inmuebles, y no podría reputarse aquí, por ejemplo, como común el inmueble adquirido en Francia por la mujer con la autorización del marido, por virtud de cuanto dispone á este propósito la ley francesa respecto de los cónyuges casados sin capitulaciones matrimoniales. Hay, por el contrario, que atenerse al derecho inglés, y considerando que, con arreglo á éste, cuando no se haya hecho pacto expreso que haya reservado á la mujer la propiedad de lo adquirido por ella, debe mirarse la cosa como adquirida para el marido, y habrá de resolverse con arreglo al derecho común inglés toda cuestión y decidirse si la propiedad había de atribuirse al marido ó á la mujer y si la enajenación del inmueble adquirido podía ser consentida por el marido con ó sin el concurso de la mujer, y así en lo demás.

En Suiza, la mayor parte de las legislaciones vigentes en los diversos Cantones no admiten el sistema de la comunidad legal según el Código francés; por eso parece que también la cuestión del régimen matrimonial respecto de los suizos que contraen matrimonio en el extranjero, no se considera entre las que siempre deben resolverse de conformidad con el estatuto personal, sino que resulta, por el contrario, según lo que acerca de ello dice Roquin, que el Consejo federal, antes de la creación del actual Tribunal federal, había excluído en esta materia la preponderancia del estatuto personal.

El citado escritor reproduce, en efecto, una sentencia de 1856 (*Ullmer*, núm. 559), la cual declaraba que «los derechos de propiedad, que comprenden también los derechos de los esposos en cuanto á sus bienes, no pueden incluirse entre las cuestiones regidas por el estatuto personal». El mismo autor recuerda otra decisión del Consejo federal tomada en 1861, y dice: «que la tendencia actual en Suiza, es resolver intercantonalmente la cuestión del régimen matrimonial, á falta de contrato, con arreglo á la legislación del país del domicilio y no según la del país de origen del marido» (1).

(1) Véase Roquin, *Du régime matrimonial des suisses mariés en France*, en el *Journal de Clunet*, 1886, pág. 561-62.

§ 2.º

De la inmutabilidad de los convenios matrimoniales.

1.012. Concepto de la inmutabilidad del régimen matrimonial.—**1.013.** Nuestra teoría sobre la autoridad de la *lex rei sitae* respecto de las relaciones patrimoniales de los cónyuges.—**1.014.** Confirmación de la misma con la autoridad de los escritores y de la jurisprudencia.—**1.015.** Observaciones sobre la sentencia de la Audiencia de París de 5 de Febrero de 1887.—**1.016.** Principios establecidos en la jurisprudencia de otros países.—**1.017.** De la facultad de cambiar las capitulaciones matrimoniales.—**1.018.** Concepto de la regla de la inmutabilidad y consecuencias que de ella se pueden deducir.—**1.019.** Aplicaciones hechas por nosotros á la cuestión del acrecentamiento de la dote.—**1.020.** El derecho de los cónyuges en frente del de terceros.—**1.021.** Se confirma nuestra teoría con la autoridad de la jurisprudencia más reciente.—**1.022.** Se resumen los principios relativos á ella.

1.012. Debemos examinar ahora las consecuencias que pueden derivarse, admitiendo uno de los dos sistemas expuestos con respecto al ejercicio de los derechos relativos al régimen de los bienes pertenecientes á los cónyuges, teniendo en cuenta las capitulaciones matrimoniales de las cuales provengan, y la ley que debe reputarse llamada á regirlos.

Uno de los puntos acerca de los cuales debieran los juriscultores de todos los países estar de acuerdo, además del de la unidad del concepto legislativo que debe informar el régimen de los bienes de los cónyuges, es el de la inmutabilidad de dicho régimen después de establecido.

El principio de la inmutabilidad del régimen matrimonial que debe regular las relaciones de los cónyuges con respecto á sus bienes, debe considerarse como la consecuencia necesaria de la comunidad de la vida, bajo cualquier aspecto, que con el mismo hecho del matrimonio viene á establecerse, y en que no podría admitirse que la sociedad conyugal pudiera hallarse sometida á tantas legislaciones diferentes cuantos fueran los países en los cuales poseyesen bienes los cónyuges, ó hicieren su adquisición, sin desconocer el principio de unidad que siempre debe ponerse como base de las relaciones de familia.

La ley reguladora de tales relaciones puede ser diferente, según los diversos conceptos que puedan prevalecer en la legislación de cada país y en la jurisprudencia; pero hay que admitir también, que aceptando uno ú otro sistema como el que debe regular preferentemente el régimen de los bienes, conviene considerar tal sistema invariable en principio, ya en la hipótesis de que los cónyuges, durante el matrimonio, cambien de domicilio y vayan á establecerse en un país en que esté vigente una ley distinta, ya que éstos adquieran bienes en este ó aquel país regido por distintas legislaciones.

1.013. El principio de la territorialidad de toda ley que tienda á regular los derechos sobre las cosas existentes en cada país, no puede entenderse en el sentido de que deba sujetarse á la *lex rei sitae* toda relación de derecho privado sobre las cosas que puedan derivarse de los contratos legalmente concertados en otra parte; pero sí debe admitirse, como hemos sostenido siempre, que la libertad de los particulares y los derechos adquiridos por ellos también respecto de los bienes, deben respetarse siempre que no se opongan á ello una ley de orden público ó una de las que tengan el carácter de ley absoluta imperativa ó prohibitiva, que tienda á regular los intereses sociales y los derechos de terceros, más bien que los de las partes contratantes.

Ya habíamos sostenido nosotros esta teoría en la primera edición de la presente obra, en el núm. 333. Allí se encuentra la máxima establecida de la siguiente manera: «Las capitulaciones matrimoniales legales ó pactadas, deben aplicarse en general á los bienes pertenecientes á los esposos, cualquiera que sea el lugar donde estén situados los bienes, y según la misma ley deben determinarse todos los efectos que se deriven del contrato de matrimonio. Del mismo modo debe resolverse si las nuevas adquisiciones hechas en territorio extranjero entran en el régimen dotal; si los cónyuges pueden hacerse donaciones y qué derechos adquiere el marido respecto de los dotantes extranjeros. La misma ley regulará la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio y de separación de la dote de los bienes del marido» (1).

(1) Véase en la 1.^a edición el número citado.

Estos principios eran la justa consecuencia del sistema que seguíamos, pues, como ya lo habíamos hecho notar en el número 332, estimábamos completamente inútil discutir si la ley llamada á regular el régimen de los bienes había de reputarse real ó personal. Determinada la ley que había de regular el régimen de los bienes, nos parecía claro que debía aplicarse para todos los derechos de los cónyuges sobre los bienes, ya se derivasen éstos de las mismas leyes, ya del contrato. Habíamos admitido sólo como excepción racional que la ley territorial debía imponer su autoridad siempre que ésta, en interés de terceros ó por razones de orden público, limitase la libertad de las partes.

Habíamos sostenido, por tanto, que cuando la ley nacional del marido (que según nuestro modo de ver debía reputarse indicada para regular el régimen de los bienes á falta de convenios expresos) permitiese aumentar la dote durante el matrimonio, no podría concederse que el marido invoque tal ley en otro país, donde con arreglo á la ley territorial esté prohibido el aumento de dote durante el matrimonio, y por esto decíamos que, válida y eficazmente, no podía hacerse esto en Italia, puesto que el art. 1.391 de nuestro Código civil dispone que durante el matrimonio no puede constituirse ni aumentarse la dote (a). Habiendo establecido que es general y prohibitiva esta disposición y que tiende á hacer las capitulaciones matrimoniales insusceptibles de modificaciones, á fin de amparar los intereses generales y de impedir que puedan ser defraudados los terceros por constituciones ó por simulados acrecentamientos de dote durante el matrimonio, habíamos juzgado que, respecto de esto, debía ser absoluta la autoridad de la ley conyugal. Por la misma razón habíamos sostenido también, que cuando la ley nacional les permitiese hacer contradecларaciones para variar la dote y los vínculos dotales ó para modificar de cualquier modo que

(a) Análoga disposición contiene el Código civil español en su artículo 1.338, párrafo segundo, pues si bien en el párrafo primero parece indicar cosa contraria por lo que se refiere á los padres, equivale esto, en cierto modo, al derecho que el citado artículo del Código italiano reconoce de poder constituir la dote de modo que pueda comprender los bienes presentes y los *futuros* de la mujer.

fuese las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio, tales contradecaraciones deberían ser reputadas ineficaces respecto de terceros en Italia, puesto que el art. 1.385, que prohíbe modificar las mencionadas capitulaciones después de celebrado el matrimonio, y que declara ineficaces las modificaciones anteriores, cuando no se hayan hecho por escritura pública (a), tiene por objeto amparar los intereses de los terceros que pudieran ser defraudados con las modificaciones de los convenios, concertadas por los cónyuges después del matrimonio, y por las contradecaraciones no conocidas, pactadas por ellos.

No encontramos ahora razón para modificar nuestra teoría tal como la habíamos expuestos en 1869. Antes debemos con razón confirmarla, teniendo presente el acuerdo general de los juristas y de los Tribunales juzgadores, respecto de la inmutabilidad del régimen patrimonial de los cónyuges. Dejando aparte, en efecto, la cuestión concerniente á la ley que debe regular dicho régimen á falta de pactos expresos, es decir, si debe ser la del domicilio conyugal ó la del lugar del contrato, ó (como á nosotros nos parece más racional) la del Estado de que sea ciudadano el marido, puede considerarse establecido el acuerdo respecto de que se admita que una sola y misma ley debe regular los intereses pecuniarios de los cónyuges, y surtir sus efectos sobre los bienes muebles é inmuebles donde quiera que éstos se hallen, siempre que se trate de cuestiones relativas á los intereses privados de los mismos cónyuges, y en la que no estén interesados los terceros.

1.014. Entre los autores que han sostenido la misma teoría, debemos recordar á Teichmann, que ha resumido con mucho cuidado las opiniones de los escritores y las decisiones judiciales en apoyo de su tesis, esto es, la de la inmutabilidad del régimen matrimonial según el cual se unieron los cónyuges, ya deba éste considerarse establecido según la ley, ora lo haya sido mediante capitulaciones (1).

(a) También están de acuerdo en esto con las del italiano, las prescripciones del Código español en sus arts. 1.319 y 1.320.

(1) Teichmann, *Ueber oder Unveränderlichkeit des gesetzlichen Güte*.

La jurisprudencia francesa ha considerado también en principio, que la sociedad conyugal no podía reputarse sometida á tantas legislaciones diferentes cuantos fuesen los países en que pudieran hallarse los bienes pertenecientes á los cónyuges. Esta máxima, que ya había sido establecida en la sentencia de casación de 30 de Enero de 1854 (1), la hallamos confirmada fuera de los Tribunales franceses, en otras muchas decisiones judiciales de diferentes países. Estos han observado la máxima de la unidad y universalidad de la ley matrimonial y su inmutabilidad también respecto de los cónyuges que después del matrimonio se hayan naturalizado como franceses.

El Tribunal del Sena hace, en efecto, aplicación de ella á dos cónyuges polacos, que se habían casado bajo el régimen de la separación de los bienes, según la norma del Código civil de Polonia, que, en los arts. 192, 294 y 217, atribuye exclusivamente al marido las adquisiciones hechas durante el matrimonio, siempre que provengan éstas del trabajo y de los esfuerzos de él y de la mujer. Habiendo adquirido durante el matrimonio un inmueble en Francia, la controversia acerca de los derechos respectivos de los cónyuges respecto del inmueble adquirido, fué resuelta de conformidad con la ley según la cual el régimen matrimonial de los bienes que en su origen se había establecido, y el Tribunal juzgó, que debían considerarse de la exclusiva propiedad del marido de conformidad con dicha ley, y que no podía aplicarse la francesa concerniente á las adquisiciones hechas por los cónyuges durante el matrimonio (2).

El Tribunal de apelación (*Corte*) de París, hizo otra aplicación de la misma máxima en su sentencia de 5 de Febrero de 1877.

rechts bei Wohnsitzwechsel. Véase también Arntz, *De l'immutabilité du régime conyugal*; Deglin, *Etude sur le contrat de mariage en droit comparé et en droit commercial*, pág. 235 y 243; Weiss, *Traité élémentaire de Droit international privé*, pág. 693; Despagnet, *Precis de Droit international privé*, pág. 447, y 454; Laurent, *Droit civil international*, t. V, §§ 199 y siguientes.

(1) Cas. francesa, 30 de Enero de 1854, *Journal du Palais*, 1854, página 424.

(2) Vincent, *Dictionnaire du Droit international privé*, 1888, pág. 32.

Tratábase de una señora francesa, casada en Francia con un italiano, sin haber hecho contrato matrimonial alguno relativo al régimen de los bienes, y llamado el Tribunal á decidir acerca de la propiedad de un inmueble adquirido por la mujer durante el matrimonio, considerando que se trataba de un italiano y que según la ley italiana no es admitido el régimen de la comunidad perfecta, estimó que las disposiciones de una ley extranjera relativa á la sociedad conyugal y á los respectivos derechos de los cónyuges sobre los bienes, debían aplicarse también á los inmuebles existentes en Francia (a).

1.015. Merece notarse que el Tribunal mencionado, apartándose de la teoría tradicional, juzgó que, en principio, el régimen de la comunidad legal no podía considerarse como regla de los intereses civiles respecto de los cónyuges extranjeros que contraen matrimonio en Francia sin hacer ningún contrato, porque debió comprender que las disposiciones del art. 1.400 y siguientes del Código civil francés no tienen completamente carácter de estatuto territorial, y que, por consiguiente, no se les puede considerar como la ley de los extranjeros que contraen matrimonio en Francia sin contrato. El Tribunal observó, además, con razón que no estaba en el caso de aplicar el art. 3.º, § 2.º del Código civil francés para sujetar á éste el inmueble adquirido durante el matrimonio por extranjeros, pues lo que dice el mencionado artículo se refiere al régimen de la propiedad inmueble y no á la devolución de los inmuebles durante la sociedad conyugal (1).

Entendemos que esta sentencia es verdaderamente importante, no sólo bajo el punto de vista del principio general que, como hemos sostenido y sostenemos, debe regular el régimen de los bienes de los cónyuges, sino también en lo que concierne á la

(a) A este principio de la unidad del régimen matrimonial de los bienes, no entendemos que se oponga lo indicado al final del artículo 1.325, ni lo prescrito en el 1.396 de nuestro Código civil, porque este último artículo, que es el que contiene un precepto más concreto, debe referirse á los bienes de la sociedad conyugal regida por la ley española.

(1) Clunet, *Journal*, 1887, pág. 190.

interpretación del art. 3.º del Código civil francés y al carácter del estatuto personal.

Hallamos, en efecto, aceptada, no se sabe cómo, la nueva teoría que tiende á determinar mejor la base de la autoridad territorial de las leyes de cada país, sosteniendo que el art. 3.º del Código civil no debe aplicarse en los casos en que se contienda acerca de los derechos correspondientes á los extranjeros sobre los inmuebles existentes en territorio francés, y sólo cuando el régimen de la propiedad inmueble esté en cuestión y no sea obstáculo la teoría tradicional respecto de la interpretación dada por los escritores y por la jurisprudencia al art. 3.º, podría esperarse con razón que llegasen los Tribunales franceses con menores dificultades á dar su justo valor á dicho artículo.

Confrontando la mencionada sentencia del citado Tribunal de París de 1887, con otra dictada por el mismo en la causa García de la Palmira el 12 de Marzo de 1881, hay que convenir también en que el exacto concepto de las leyes que tienen el carácter de estatuto territorial y de las que constituyen el estatuto personal se halla aceptado sin reserva en dichas sentencias. Según nuestro modo de ver, no tiene la sentencia de 1887 otro defecto que el de haber admitido en principio que pueden los extranjeros, casándose en Francia, someter mediante su declaración expresa el régimen conyugal de los bienes á la ley francesa. Esto en verdad contradice la teoría sustancial de la misma sentencia, esto es, que las disposiciones del Código francés que determinan el régimen legal de los bienes no pueden ser reputadas como estatuto territorial, y que las disposiciones de la ley extranjera que se derivan del estatuto matrimonial deben producir todos sus efectos en Francia aun sobre los inmuebles dependientes de la sociedad conyugal.

No queriendo contradecir tan justas máximas, y queriendo ser consecuente, hubiera debido también admitir en principio el Tribunal á que nos venimos refiriendo, que siempre que con arreglo á la ley extranjera que deba constituir el estatuto matrimonial se prohíba que los cónyuges estipulen que pueda ser regulado el matrimonio por costumbres locales ó por leyes á las que estuviesen legalmente sometidos (como efectivamente está

prohibido que lo hagan los italianos según el art. 1.381 del Código civil, no podrá concederse, ni aun con declaración expresa, que se sometan las condiciones civiles de la unión conyugal á las leyes francesas ni que se establezca con arreglo á ella el régimen de la comunidad. Por esto, si el Tribunal se hubiese fijado en que esto está expresamente prohibido á los italianos, según el art. 1.433 de nuestro Código civil, que él mismo juzgaba como máxima que debía considerarse como estatuto de la sociedad conyugal, cuando el marido sea italiano, no hubiera debido hacer la reserva con que pretende dejar á salvo el derecho de que dos italianos puedan someterse á la ley francesa (aun en lo que en ésta estuviere en oposición con el estatuto matrimonial) mediante la manifiesta voluntad de querer someterse á dicha ley. Pero, aparte este defecto, debemos repetir que la mencionada sentencia y la otra citada de 12 de Marzo de 1881, deben considerarse como una innovación en la teoría tradicional francesa respecto de la aplicación del art. 3.º y del estatuto territorial, y las nuevas teorías habrían dado ciertamente un gran paso en la jurisprudencia de aquel país, si el Tribunal de casación, en su sentencia de 2 de Abril de 1884, no hubiese casado la sentencia de 12 de Marzo de 1881, reafirmando así la teoría tradicional, poco acertada, respecto de la aplicación del art. 3.º del Código civil francés (1).

1.016. En la jurisprudencia de otros países encontramos también establecido el principio de la universalidad de la ley del régimen matrimonial de los bienes. El Tribunal civil de Losana lo aplicó en su sentencia de 30 de Noviembre de 1888 (2) al caso de dos cónyuges franceses que se habían casado en Francia sin contrato y que habían adquirido inmuebles en Suiza en el Cantón de Vaud. Tratábase de decidir si, en virtud del régimen de la comunidad, debía reputarse la mujer copropietaria de los inmuebles adquiridos, y si debía aplicarse el Código francés ó el vigente en el Cantón de Vaud para decidir respecto de los de-

(1) Véase la sentencia del Tribunal de casación francés de 2 de Abril de 1884 en el *Journal du Droit international privé*, 1885, pág. 77.

(2) Vincent, *Dictionnaire du Droit international privé*, 1889, pág. 36, asunto Perret.

rechos de los cónyuges sobre el inmueble adquirido. Aquél Tribunal entendió que las reglas sancionadas con arreglo al Código vaudense debían mirarse como reglas particulares que conciernen al régimen de los bienes respecto de los súbditos del Cantón, y que no podían invocarse para regular los efectos de un matrimonio contraído en Francia por franceses. Pero esta sentencia, aunque conforme con los justos principios del derecho internacional moderno, fué reformada por el Tribunal cantonal, que quiso dar al art. 2.º, § 2.º del Código civil vaudense la interpretación según el falso concepto del estatuto territorial, y resolvió que, en virtud de la disposición sancionada en dicho artículo, los inmuebles existentes en el Cantón y pertenecientes á los extranjeros deben estar sometidos á la ley cantonal, porque el artículo 2.º que somete los inmuebles, aunque sean poseídos por extranjeros, á las leyes del Cantón, sienta un principio de orden público que no puede sufrir ninguna excepción, y establece, por consiguiente, que la capacidad para poseer los inmuebles en el Cantón y los derechos de propiedad de los mismos por cualquier título deben ser determinados con arreglo á la ley cantonal, y sin preocuparse de aquélla con arreglo á la cual pueda reputarse celebrado el contrato de matrimonio.

Juzgamos inútil hacer notar que la sentencia del Tribunal de Losana debe considerarse como la más conforme á los estrictos principios del Derecho, y que la del Tribunal cantonal debe mirarse como inspirada por ciertas antiguas tradiciones, que subsisten todavía no obstante la evidencia de los principios con que la moderna ciencia ha demostrado la falsedad del fundamento en que aquéllas descansan.

La diversidad de los conceptos en la jurisprudencia debe servir, por lo demás, no ya para convertir en inciertos los nuevos principios ó para considerar como poco sólida la base en que éstos se fundan, sino sólo como prueba de la lucha entre el pasado que la creó y que todavía encuentra apoyo en las convicciones jurídicas de los antiguos, y las nuevas ideas, que encuentran su principal sostén en aquéllos que saben inspirarse, sin prejuicios, en la verdad de las teorías modernas, que poco á poco se van abriendo paso.

Y no se oponga como razón que en muchos países se encuentra todavía un grave obstáculo para poder admitir el estricto concepto de la unidad del régimen matrimonial de los bienes, por causa de la falsa teoría del estatuto real y de las inexactas aplicaciones que de ella ha hecho la jurisprudencia á todo derecho relativo á las cosas inmuebles que provenga de un título cualquiera. Así, por ejemplo, en la Luisiana, la ley vigente que establece la comunidad legal, se considera como un estatuto real, que ejerce su autoridad respecto de las partes que allí contraigan matrimonio, y respecto de aquellos también que se hayan casado en otra parte y vayan á establecerse en el país y adquieran allí propiedades. Se ha decidido después respecto de dos cónyuges casados en Georgia sin capitulaciones, que debía atribuirse al marido todo lo que poseía la mujer al casarse, pero que habiendo venido luego á establecerse en Luisiana, respecto de las adquisiciones hechas después de su establecimiento en ella, debía admitirse la regla de la comunidad legal según la ley de este último Estado (1).

También se admite en la República Argentina como máxima que, á falta de capitulaciones, los derechos sobre los bienes muebles se determinarán según la ley del lugar de la celebración, y los derechos sobre los bienes inmuebles, según la del lugar de su situación. Cuando sobrevenga, pues, durante el matrimonio un cambio de domicilio, se regirán los derechos sobre los bienes adquiridos por la ley del domicilio al hacer su adquisición (2).

1.017. Pasando á discurrir sobre la facultad de modificar las capitulaciones matrimoniales, notamos que, según las leyes de diversos países, dichos contratos no pueden ser modificados después del matrimonio. Así sucede, según el Código francés, artículo 1.395; el Código civil italiano, art. 1.383; el Código civil español, art. 1.320, y otros. Es indudable que tales disposiciones deben considerarse obligatorias para los ciudadanos, aun

(1) 1885, Henderson c. Tronsdale, 10, II, 548. Confr. la jurisprudencia contenida en el *Journal de Clunet*, 1875, pág. 134.

(2) Confr. Daireaux, *De la condition légale des étrangers*; *Clunet, Journal*, 1886, pág. 294.

cuando se hallen en el extranjero y quieran modificar allí sus capitulaciones matrimoniales, puesto que así como ellos deben quedar siempre sometidos á las leyes de su patria, la incapacidad en que hayan incurrido debe subsistir también respecto de los mismos en los países en que esté vigente una regla distinta acerca de la inmutabilidad de las capitulaciones.

Toda la dificultad en esta materia consiste en decidir si los extranjeros pueden, por virtud de un estatuto personal que se lo consienta, cambiar las capitulaciones matrimoniales en los países en que rija la regla de la inmutabilidad. No dejarían éstos de tener dicha facultad seguramente, según el estatuto personal; mas surge, no obstante, la duda por la consideración de que la ley, que hace que los pactos matrimoniales no sean susceptibles de modificación, no puede mirarse como dada solamente para amparar el interés privado de los contratantes, sino que tiende también á amparar el interés de los terceros, que podrían ser defraudados por las modificaciones de las relaciones patrimoniales de los cónyuges sobrevinidas durante el matrimonio, y que, por consiguiente, debe reputarse en oposición con el orden público territorial y con el derecho social el admitir la autoridad del estatuto personal en este respecto (a).

1.018. Considerando los motivos por los cuales han sancionado los legisladores la regla de la inmutabilidad, aparece claro que el principal de ellos ha sido el querer impedir por una parte la influencia immoderada que uno de los cónyuges haya podido ejercer sobre el otro á fin de inducirle á consentir en las modificaciones de los pactos concertados con ventaja para él; y por otra quitar á entrambos la posibilidad de hacerse durante el matrimonio ciertas liberalidades prohibidas por la ley con perjuicio de sus intereses personales y de los de la prole. Si fuese permitido, decía Bouhier, alterar las cláusulas de las capitula-

(a) Y hasta tal punto debe llegar el respeto á los intereses de los terceros, que, según la doctrina de la jurisprudencia francesa (Tribunal de casación, sentencias de 5 de Enero de 1831, 31 de Julio de 1833 y otras), pueden hasta anularse á instancia de aquéllos las cláusulas relativas al reconocimiento de aportaciones, dote, etc., por causas de simulación, dolo y otras.

ciones matrimoniales, aquél de los cónyuges que tuviere mayor ascendiente en el ánimo del otro nada dejaría de hacer para que se modificasen en su provecho tales pactos, y en caso de negativa podría ser esto causa de querellas entre ellos, que turbarían la unión y concordia que el interés público exige que se mantengan siempre entre marido y mujer (1).

Si todo se redujese á esto, podría sostenerse, con mucha razón, que así como el legislador de cada país está llamado principalmente á amparar los intereses de los cónyuges que como súbditos pertenezcan á dicho país, y así como las disposiciones concernientes á esta materia, formando parte del estatuto personal, deben tener autoridad respecto de los súbditos en todas partes, así la cuestión de la mutabilidad ó de la inmutabilidad de los pactos nupciales debería resolverse en todas partes de conformidad con la ley de la patria como cualquier otra cuestión relativa á la capacidad de las personas para hacer válidamente actos civiles.

Mas hay que tener en cuenta que la regla de la inmutabilidad ha sido sugerida también por otros motivos. Entre ellos ha podido existir el particular de no cambiar el destino de los bienes pactado en la escritura de capitulaciones por las respectivas familias de quienes provienen, pero esto entraría también en la esfera de las relaciones de familia y debería estar bajo el imperio del estatuto personal. Hubo además otro motivo de carácter particular, el de amparar los derechos de los terceros que hayan podido tener relaciones con los cónyuges contando sobre los patrimonios correspondientes á cada uno de ellos, y que naturalmente quedarían defraudados en sus justas esperanzas, si la base de los derechos patrimoniales de los cónyuges, una vez establecida en las capitulaciones, pudiese luego modificarse *constante matrimonio*. No podría rechazarse, por el contrario, que, admitida la posibilidad de modificar el régimen matrimonial, no pudieran ser perjudicados los derechos de los terceros. Considerando la regla de la inmutabilidad bajo este último aspecto, debe también admitirse que tiende ésta además á

(1) *Sur la coutume de Bourgogne*, cap. XXI, núm. 157.

amparar los derechos de todos por razones de orden público y de interés social, y considerándolo así, no puede admitirse en ningún caso la autoridad del estatuto personal, puesto que éste no puede, por tanto, prevalecer en país alguno, cuando de ello se siga la violación de la ley territorial de orden público y de interés social.

1.019. En la primera edición de la presente obra nos expresábamos así acerca de esta materia:

«Supongamos, por ejemplo, que la ley nacional del marido permita aumentar la dote durante el matrimonio, y que el marido quisiera invocar su ley para cambiar en dotales los bienes parafernales de la mujer sitos en Italia, donde el acrecentamiento de la dote no puede ser válido ni eficaz, porque el art. 1.391 de nuestro Código civil dice que *la dote no puede constituirse ni aumentarse durante el matrimonio*. Esta disposición es general y prohibitiva, vela por el interés privado de los contratantes, haciendo que las capitulaciones matrimoniales no sean susceptibles de variación alguna, y tiende á amparar los intereses generales y á impedir que sean defraudados los terceros por constituciones ó por simulados aumentos de la dote durante el matrimonio. Por la misma razón, si la ley nacional de los cónyuges les permitiere hacer contradecларaciones para modificar la dote mientras existiera el matrimonio, serían ineficaces tales contradecларaciones en Italia respecto de terceros, porque el artículo 1.385 que prohíbe modificar en cualquier forma los convenios matrimoniales (después de celebrar el matrimonio, tiene por objeto amparar los intereses de los terceros, que podrían ser defraudados por ignoradas contradecларaciones) (a).

1.020. Mantenemos esta misma teoría respecto de toda

(a) Trata esta materia con mayor extensión y de un modo más explícito, ya que no más equitativo, nuestro Código civil en su artículo 1.338. En el párrafo primero de este precepto legal se dice que los padres y parientes de los esposos podrán constituir (y por consiguiente aumentar) la dote en favor de la mujer, lo mismo antes que después del matrimonio. El párrafo segundo prohíbe que el esposo pueda constituirle después del casamiento. Véase la nota (a) puesta en el núm. 1.013.

modificación de las capitulaciones matrimoniales de que pueda seguirse perjuicio á los derechos de los terceros, y fundándonos en la razón y en la naturaleza de las cosas, decimos que nos parece que puede admitirse la autoridad del estatuto personal con el único fin de sostener la validez de los cambios consentidos por cónyuges extranjeros en un país en el que rija la regla de la inmutabilidad, y también para la eficacia de tal modificación, *constante matrimonio*, respecto de los bienes muebles é inmuebles existentes en dicho país, siempre que la validez y eficacia de la modificación pactada sean sostenidas por los cónyuges á fin de determinar sus respectivos derechos patrimoniales, pero no en la hipótesis de que estén interesados en ella los terceros.

Puede admitirse, en efecto, en un país donde, según la ley, rija la regla de la inmutabilidad, la autoridad del estatuto personal que permite la variación cuando se trate de regular los derechos de los cónyuges extranjeros sometidos á la autoridad de la ley extranjera y cuando no estén complicados los derechos de los terceros. Incumbe en verdad á cada legislador el cuidado de amparar los derechos de los cónyuges nacionales, de prevenir la influencia abusiva de la autoridad del uno sobre el otro, de asegurar la libertad de sus pactos respecto del régimen de los bienes. El Soberano territorial no tiene razón en sujetar á los extranjeros á su propia ley, aunque sea mejor; y cuando los terceros no estén interesados en todo esto no puede haber motivo alguno racional para limitar la autoridad del estatuto personal respecto de las personas sujetas al imperio del mismo.

Cuando los cambios en las capitulaciones matrimoniales estipuladas entre los cónyuges extranjeros, de conformidad con su estatuto personal, sean, por el contrario, invocados para oponerlos á terceros, no podrá en verdad admitirse la misma regla, porque estaría en oposición con el Derecho público territorial y con el Derecho social el atribuir autoridad á disposiciones de leyes extranjeras opuestas y contrarias á las emanadas del Soberano territorial para amparar los derechos de los terceros y el orden jurídico social. Este es indudablemente uno de los casos en los cuales puede ser limitada, con justa razón, la autoridad del estatuto personal, puesto que, admitiéndola, se seguiría

la lesión de los derechos de los terceros, que bajo el amparo de la ley emanada del Soberano territorial hubieren contratado con los cónyuges extranjeros.

1.021. Hallamos en perfecta armonía con la teoría que sostuvimos en 1869 y que sostenemos también ahora en sustancia, la sentencia dictada el 7 de Octubre de 1884 por el Reichsgericht, segunda Sala civil. Tratábase de dos cónyuges wurtembergueses casados en Stutgard, que habían trasladado después su domicilio al Gran Ducado de Baden. Allí quiso la mujer aprovecharse de la facultad concedida por la ley wurtemberguesa á los esposos enlazados bajo el régimen de la comunidad, de poder consentir voluntariamente durante el matrimonio en la separación de los bienes, haciendo cesar así el régimen de la comunidad. Opúsose un acreedor badenés, fundándose en el artículo 1.443 del Derecho civil del Gran Ducado, que está conforme con el art. 1.443 del Código civil francés, y habiendo pedido la nulidad de dicha voluntaria separación, fué su instancia declarada bien fundada en derecho por el Tribunal de primera y segunda instancia, confirmando el Tribunal Supremo con las siguientes consideraciones: Reconociendo el Tribunal que el régimen matrimonial de los esposos debe regirse también en principio en el Ducado de Baden por la ley wurtemberguesa, declaró, no obstante, que la aplicación de dicha ley debe ser eliminada en cuanto ésta sanciona disposiciones contrarias al orden público badenés. Por eso considera el Tribunal que el art. 1.443, que hace nula toda separación voluntaria de los bienes durante el matrimonio, es una disposición de orden público. Y ésta fué sancionada, en efecto, no sólo en interés de los esposos, á fin de asegurar la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, sino también, y sobre todo, en interés de los terceros, á fin de precaver el perjuicio que podría ocasionárseles con una disolución voluntaria y concertada de la comunidad durante el matrimonio. Por tanto, la ley wurtemberguesa, no pudiendo prevalecer contra una ley de orden público badenés, no puede ser aplicada (1).

Esta sentencia nos parece justa, y no podemos aceptar la

(1) Véase la citada sentencia en Clunet, *Journal*, 1886, pág. 730.

crítica que de ella se hace en la nota que hay en el periódico mencionado.

El anotador se funda en el concepto de que la disposición de la ley forma parte del estatuto personal, y considerando tal lo prescrito en el art. 1.395, del que luego se deriva lo dispuesto en el art. 1.443, deduce que debía resolverse de conformidad con el estatuto personal, acerca de la validez de la voluntaria separación de los bienes, y que pudiendo estipularse ésta válidamente entre los cónyuges wurtembergueses, debía reputarse legalmente estipulada, aun en el Ducado de Baden, en oposición á un acreedor badenés, y que no podía ser razón para limitar la aplicación de la ley wurtemberguesa, porque la ley badenesa que declara nula la voluntaria separación de los bienes, aunque inspirada en un motivo de orden público, sanciona una regla de orden público interior y no de orden público internacional. Refuerza esta opinión suya el anotador con la autoridad de Brocher y de Weiss, que han creído hallar en la distinción de leyes de orden público interno y de leyes de orden público internacional, la razón principal para determinar cuándo debe admitirse y cuándo debe rechazarse la aplicación de una ley extranjera. Nosotros, por el contrario, no habiendo podido aceptar esta distinción (principalmente porque no nos parece precisa, ni exacta, ni propia para formar un criterio jurídico seguro para determinar cuándo debe ó no debe aplicarse una ley extranjera), y habiendo, por el contrario, determinado con diferente criterio cuándo puede ser limitada la aplicación de la ley extranjera (1), hallamos razones en apoyo de la doctrina del Tribunal, porque, en realidad, entendemos que ninguna ley extranjera puede aplicarse en el territorio de un Estado cuando se la invoque á fin de dar lugar á determinados actos jurídicos ó deducir de ella ciertas consecuencias que perjudiquen los intereses de los terceros en oposición con la ley territorial, que tiende, por el contrario, á protegerlos. No es, por cierto, solamente bajo el punto de vista de los intereses privados como conviene examinar en todo caso la cuestión de la aplicación de una ley extranjera,

(1) Véase el volumen I, Parte general, §§ 245 y siguientes.

sino que conviene también tener en cuenta las relaciones que median entre las dos naciones, esto es, la de donde haya emanado la ley y la en que se pida su aplicación, y considerar que la Nación de la que no haya emanado la ley, y que deba aplicarla y obligar á todos, incluso los propios súbditos, á estar sometidos forzosamente á los preceptos de ésta, no puede prestarse á ello, cuando, haciéndolo, tenga que ponerse en contradicción con las propias leyes que hubiese sancionado, no para amparar los derechos privados de las partes, sino para amparar los derechos de todos y los intereses sociales. No puede ésta contradecir tales leyes, porque vendría así á violar los derechos y las justas esperanzas de todos aquellos que, bajo el imperio de la ley territorial, los hubieren adquirido.

El acreedor, sea éste nacional ó extranjero, que hubiere tratado con cónyuges extranjeros, contando sobre los bienes inmuebles existentes en un país donde según la ley no pueda ser modificada la condición jurídica de la cosa sin intervención del Magistrado que hubiere autorizado la modificación de dicha condición jurídica, no puede, sin lesión de los legítimos derechos de aquél, bajo el imperio de la ley territorial, experimentar una disminución de dichos derechos por virtud de una ley extranjera. Inútil nos parece por tanto mezclar y confundir la cuestión como lo ha hecho Jay (1) y otros, discutiendo si la disposición del artículo 1.395 del Código civil francés, de la que es corolario luego la del art. 1.443, debe considerarse comprendida en el estatuto de las formas, ó en el de las formas habilitantes, etc., etc.

1.022. A nuestro modo de ver, una sola debe ser la regla para resolver toda controversia acerca de la ley que ha de regular las relaciones patrimoniales de los cónyuges, y ésta la resumimos en la forma siguiente:

El régimen legal de los bienes de los cónyuges y los convenios con los cuales pueda aquél establecerse, deben regirse principalmente por el estatuto familiar (sea éste el del Estado ó el del domicilio conyugal).

(1) *Sur l'inmutabilité des conventions matrimoniales en droit international*; Clunet, *Journal*, 1885, pág. 530.

La unidad de este régimen, así como la de todas las relaciones de familia debe, por regla general, comprender todo el patrimonio familiar y por consiguiente los bienes muebles ó inmuebles donde quiera que estén situados.

Conviene admitir también, como máxima, la autoridad del estatuto familiar para resolver si, cómo y cuándo el régimen patrimonial podrá modificarse, y en qué condiciones de esencia y de capacidad podrán ser válidas y eficaces las mutaciones aun respecto de los bienes donde quiera que estén situados, siempre que los terceros no estén interesados en ello.

Exceptuando siempre las disposiciones concernientes á la capacidad, cuando la ley territorial prescriba la prohibición absoluta de que se hagan válidamente ciertos actos, no por el principal motivo de amparar los intereses privados de las partes, sino también por el de amparar así los intereses de los terceros y los derechos adquiridos por éstos sobre las cosas existentes en el territorio, debe excluirse la aplicación del estatuto familiar respecto de todas las cosas existentes en el territorio sometido al imperio del legislador.

Reconociendo, además, como máxima, la autoridad extraterritorial de la ley reguladora de las relaciones de familia, aun respecto de los bienes de cualquiera clase y donde quiera que estén sitos, debe reputarse ineficaz la ley extranjera siempre que de su aplicación pueda resultar un hecho ó una consecuencia jurídica en oposición con la ley territorial inspirada en el motivo de amparar los intereses sociales y los derechos de los terceros.

§ 3.º

Efectos de la naturalización respecto de las capitulaciones matrimoniales y de los derechos de los cónyuges relativos á los bienes.

1.023. De la naturalización de los cónyuges extranjeros con relación al régimen de los bienes.—**1.024.** Teoría aceptada por los juristas antiguos y por la jurisprudencia en la hipótesis del cambio de domicilio conyugal.—**1.025.** Cómo ha sido resuelta la cuestión en los tiempos modernos en caso de cambio de nacionalidad.—**1.026.** Distinciones ne-

cesarias para determinar la autoridad de la ley de la patria originaria y de la de elección.—**1.027.** Los derechos contractuales perfectos deben distinguirse de las esperanzas y de las meras facultades legales.—**1.028.** De las relaciones patrimoniales acerca de la capacidad de los naturalizados.—**1.029.** Si la controversia acerca de la enajenabilidad ó inenajenabilidad de los bienes dotales puede ser considerada como cuestión de capacidad.—**1.030.** Se determina la autoridad de la ley de la patria originaria respecto de las relaciones patrimoniales de los cónyuges naturalizados y de los derechos que les corresponden.—**1.031.** De la autoridad de la ley de la patria originaria y de la de elección en las controversias que puedan surgir en la comunidad.—**1.032.** Aplicaciones de los principios en las controversias que puedan surgir en el régimen dotal.—**1.033.** En las controversias acerca de los gananciales.—**1.034.** En el sistema de la separación de los bienes.—**1.035.** Los principios expuestos son válidos también en el sistema que considera decisiva la ley del domicilio.

1.023. La naturalización en país extranjero ocurrida durante el matrimonio, no pudiendo, por regla general, tener efecto retroactivo, no puede, tampoco, considerarse como regla para modificar los derechos adquiridos por los cónyuges en virtud de la ley de su patria originaria, según la que establecieron el régimen de los bienes al contraer matrimonio. Conviene tener presente acerca de esto lo que hemos dicho antes respecto de los efectos que pueden derivarse de la adquisición de una nueva nacionalidad en sus relaciones con el cambio del estatuto personal, que es una de las consecuencias legales del cambio de ciudadanía (1).

Teniendo en cuenta que la ley de la nueva patria debe ser considerada en sus relaciones con los derechos privados de los naturalizados, como una ley nueva, y que debe, por consiguiente, admitirse que no puede tener autoridad retroactiva respecto de los derechos ya adquiridos por los naturalizados según la ley de su patria originaria y tampoco respecto de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de tales derechos adquiridos, hay que admitir además que los derechos de los cónyuges relativos al régimen de los bienes originariamente establecido por ellos bajo el imperio de la ley de la antigua patria, deben quedar sin

(1) Véase el tomo I, pág. 349.

variación, no obstante la naturalización sobrevenida. Por consiguiente, si el régimen legal de los bienes fuere diferente según la ley de la patria de origen y la de la patria electiva, convendrá tener presentes los principios del Derecho transitorio, que deben regular el imperio de la ley antigua y de la ley nueva en caso de cambio de la regla legal del régimen de los bienes de los cónyuges, para poder resolver con arreglo á ellos acerca del efecto retroactivo de la nueva nacionalidad adquirida, en cuanto á los respectivos derechos patrimoniales de los cónyuges adquiridos al casarse.

En principio hay que tener en cuenta que, así como los derechos contractuales adquiridos por las personas en virtud de pactos expresamente estipulados bajo el imperio de la ley deben ser respetados, así también, cuando tales derechos haya luego que discutirlos contra una ley distinta, ó cuando de los pactos expresos quieran deducirse consecuencias jurídicas en otro país donde esté vigente una ley distinta, debe suceder lo mismo en la hipótesis de que las relaciones patrimoniales de los cónyuges se hayan regulado mediante un contrato estipulado por ellos ó que deba considerarse establecido tácitamente por virtud de la autoridad de la ley bajo cuyo imperio se casaron, siempre que ocurra que hayan trasladado el domicilio legal á otro país regido por una ley diferente ó que se hayan hecho súbditos de éste por virtud de la naturalización obtenida.

1.024. Adviértase que la teoría fué aceptada en principio por los mismos jurisconsultos antiguos, que habiendo examinado si el cambio de domicilio conyugal efectuado por parte del marido durante el matrimonio podía causar el cambio del régimen patrimonial de los cónyuges y de los respectivos derechos sobre los bienes, sustituyendo, respecto de todo esto, á la ley vigente en el domicilio que tenía el marido el día en que el contrato matrimonial se estipuló, la que regía en el país á que el domicilio se había trasladado, sostuvieron que esta última ley no podía aplicarse para modificar las relaciones patrimoniales de los cónyuges, establecidas según la ley ó la costumbre bajo cuyo imperio se hizo el primitivo contrato de matrimonio. Las razones aducidas en apoyo de esta opinión han sido principalmente éstas:

que la sociedad conyugal respecto de los bienes, constituida ya en virtud de la ley del domicilio del marido al contraer matrimonio, no podía en lo sucesivo ser modificada á consecuencia del cambio del domicilio, porque pudiendo el marido cambiarlo á su antojo para sí y para su mujer, hubiera podido modificar del mismo modo la regla de la sociedad conyugal y convertirla en su provecho respecto de los bienes, y además que el interés de la unión de los mismos esposos exige la inmutabilidad de sus relaciones pecuniarias (1).

Los antiguos escritores sostenían la misma regla aun en la hipótesis de que no se hubiere estipulado el contrato de matrimonio, pero que debía admitirse el régimen legal de los bienes, porque, como éstos consideraban dicho régimen como fundado en el convenio tácito, aplicaban los mismos principios. Esta es la doctrina sostenida por la mayor parte de los antiguos juristas; algunos de ellos sólo admitían la excepción en el caso en que la ley del nuevo domicilio hubiese prescrito una disposición prohibitiva no tenida en cuenta por la ley del antiguo, y así lo entendieron, entre otros, Meier y Waechter (2).

Son en menor número los que sostenían que el cambio del domicilio conyugal podía ocasionar el cambio de la asociación en cuanto á los bienes y la sumisión de los cónyuges á la ley del nuevo domicilio (3).

La jurisprudencia estaba conforme con la doctrina de la mayoría. Eroland refiere una sentencia del Parlamento de París de 29 de Marzo de 1640. Llamado éste á resolver la cuestión de si dos cónyuges oriundos de Luca, y que se habían casado allí sin contrato y naturalizándose luego en Francia y domiciliándose

(1) Confr. Voet, P. *De Stat* sec. IX, cap. II, número 7; Voet, *Ad Pand.*, tit. de *Bit. nupt.*, núm. 87; Bouhier, *Les coutumes de Bourgogne*, caps. XXI y XXIII, núm. 3; Rocco, *Derecho civil internacional*, Parte tercera, cap. XXI.

(2) Meier, *De conflictu legum*, § 33; Waechter, *Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze*.

(3) Mevius, *Ad jus lubec.*, Parte segunda, tit. II, art. 12, núm. 401; Boehmer, *Electa juris civ.*, t. III, ejercicio 17, § 9; Tittman, § 24; Story, *Intern. law*, § 187.

en París, debían regirse, en cuanto á sus intereses pecuniarios, según la ley de Luca ó según la costumbre de París, resolvió que en atención á las circunstancias de la causa debía prevalecer el estatuto de Luca (1). Refiere el mismo autor otra sentencia del Parlamento de París de 20 de Febrero de 1713, en la que se resolvió que dos cónyuges ingleses casados en Inglaterra con un contrato de capitulaciones conforme con las leyes de aquel país, y que luego habían venido á establecer su domicilio en Francia, debían estar sometidos á la ley inglesa por la consideración de que el domicilio no había podido modificar sus capitulaciones (2).

1.025. Examinando Foelix la cuestión con relación al derecho moderno, sostiene que el régimen conyugal de los bienes, después de constituido al contraer matrimonio, no puede ser modificado á consecuencia del cambio de nacionalidad (3).

El Tribunal de casación francés, en su sentencia de 30 de Enero de 1854 y el de apelación de París en la suya de 30 de Agosto de 1849 (4), confirmaron la misma teoría. Tratábase de un inglés casado en Inglaterra sin contrato, que había venido luego á establecerse en Francia y se había naturalizado allí, adquiriendo más tarde un inmueble en unión de su mujer: el Tribunal de apelación falló que el régimen matrimonial, una vez establecido, no podía sufrir modificación á consecuencia del cambio de la nacionalidad ó del domicilio del marido, y que, por consiguiente, el inmueble no podía reputarse de la comunidad, de conformidad con la ley francesa, sino que, por el contrario, debía mirarse como perteneciente únicamente al marido según la ley inglesa.

Aceptamos en principio la teoría de que las cuestiones relativas á los derechos patrimoniales de los cónyuges, adquiridos por éstos en virtud del contrato de matrimonio primitivamente

(1) Froland, *Memoire sur la nature et la qualité des statuts*, I, pág. 350 y siguientes.

(2) Froland, *Eod. loc.*, pág. 385 y sigs.

(3) *Droit international privé*, t. I, § 91.

(4) De Vill., *Car.*, 54, I, 268.

estipulado, deben ser reguladas comúnmente por dicho contrato, aun cuando durante el matrimonio se haya efectuado el cambio de nacionalidad ó el del domicilio conyugal. El principio de la inmutabilidad de las relaciones contractuales y el respeto á los derechos adquiridos según la ley de la patria viene en apoyo del principio enunciado y debe valer para admitir en principio que la ley de la patria electiva no puede modificar ni las relaciones contractuales, ni los derechos adquiridos en virtud del contrato, ni las consecuencias jurídicas que de tales derechos puedan derivarse respecto de los bienes que hayan sido adquiridos por los cónyuges antes de efectuada la naturalización.

1.026. Conviene, por lo demás, notar que la teoría en principio establecida necesita ser aclarada y dilucidada, ya que no sería exacto sostener que toda cuestión relativa á los derechos patrimoniales de dos cónyuges deba ser resuelta de conformidad con la ley de su patria de origen, puesto que tales cuestiones pueden en verdad revestir, según las circunstancias, carácter y naturaleza distintos é implicar tal vez controversias de índole verdaderamente contractual; acaso podrían implicar cuestiones concernientes á la capacidad y al ejercicio de los derechos resultantes de los pactos estipulados, y tal vez otras que conciernen á la condición jurídica de las cosas que deban considerarse como objeto del derecho; y no faltan casos en que admitir la autoridad de la ley de la patria para regular el desarrollo ulterior y el ulterior ejercicio de los derechos adquiridos por las partes en virtud del contrato bajo su imperio celebrado, encontrará el obstáculo de la ofensa al orden público y al derecho social que resultaría admitiendo la autoridad de la ley de la patria en el país donde los ciudadanos de ésta hubieren obtenido la naturalización. Conviene, pues, examinar atentamente la naturaleza y carácter de cualquiera particular controversia que pueda referirse á las relaciones patrimoniales de los cónyuges naturalizados, para resolver, según las particulares circunstancias del caso, si debe aplicarse siempre la ley extranjera bajo la que primitivamente se estipuló el contrato de matrimonio, ó si, por el contrario, debe ser limitada la autoridad de la misma por virtud del imperio de la ley territorial.

1.027. Los derechos verdaderamente contractuales, esto es, los adquiridos y que han llegado á ser perfectos al efectuarse el matrimonio por virtud del contrato matrimonial ó por la ley que fijó el régimen de los bienes, no pueden ser desconocidos por el cambio efectuado de nacionalidad; mas los derechos patrimoniales que tuviereu también su fundamento en el contrato de matrimonio, pero que no puedan reputarse como derechos perfectos y adquiridos, sino que, por el contrario, deban adquirirse á consecuencia de un acontecimiento futuro y cuando se haya verificado el acontecimiento requerido para su perfección, no podrán regirse siempre por la ley de la patria originaria, si viniere luego á efectuarse el acontecimiento después de obtenida la naturalización. Esto, por ejemplo, puede decirse de los derechos de sucesión de los cónyuges provenientes del contrato de capitulaciones, los cuales, así como no se perfeccionarían ni llegarían á ser derechos concretos y perfectos sino en el momento de la muerte, no podrían regirse por la ley de la patria originaria, si la muerte y la sucesión vinieran á efectuarse después de obtenida la naturalización. No puede, en verdad, admitirse, respecto de éstos la misma teoría aplicable á los derechos contractuales y á los que son perfectos y adquiridos al verificarse el matrimonio mismo, pues hay que tener en cuenta que si el mismo legislador patrio hubiera modificado la ley de sucesión, habría sometido con razón á sus preceptos imperativos á los cónyuges que se hubiesen casado mientras regía una regla de sucesión distinta; de lo que con buena lógica puede deducirse que no podría procederse de otro modo si, á consecuencia de la naturalización obtenida, estos mismos cónyuges se hubiesen sometido al imperio de la ley de la patria electiva. No podrían, en efecto, pretender éstos sustraerse á la autoridad de esta ley, bajo la que debería abrirse la sucesión, ni desconocer los preceptos de la misma en todo lo concerniente á los respectivos derechos de sucesión, siempre que puedan éstos determinarse ó deducirse diversamente por virtud del contrato de capitulaciones que entre sí hubieren estipulado.

Por la misma razón no podría sostenerse que la facultad concedida á los cónyuges, con arreglo á la ley bajo la cual estipu-

laron el contrato de matrimonio y que no la hayan ejercitado antes de obtenida la naturalización, pudiera serlo después, en virtud del derecho á hacerlo, adquirido por ellos en el contrato matrimonial. Así, por ejemplo, si con arreglo á la ley de la patria originaria se atribuyese á los cónyuges la facultad de variar las capitulaciones matrimoniales, ó la de hacerse donaciones *constante matrimonio*, ó de estipular la cesión de ciertos derechos patrimoniales respectivos, etc., y no se hubiesen aprovechado de esta facultad antes de la naturalización, no deberían tener el derecho de poderlo hacer después, aduciendo que tal derecho suyo formaba parte de sus relaciones patrimoniales. La facultad de ejercitar ciertos derechos no puede reputarse derecho adquirido, sino limitadamente al ejercicio que de ella se hubiere hecho y haya llegado á ser perfecto.

Sería una extraña pretensión la de dos cónyuges naturalizados que quisieran invocar la ley de su patria que rigió sus relaciones patrimoniales, para ejercitar la mera facultad según tal ley concedida á éstos, y de la que no se sirvieron antes de la naturalización, para sostener esa pretensión suya después de haber realizado aquélla, no obstante que, en el país en que la haya obtenido, esté vigente una ley diferente. Conviene, por el contrario, que éstos reconozcan la autoridad de aquella ley, por haberse sometido voluntariamente al imperio de la misma al naturalizarse.

1.028. Lo mismo debe decirse también de aquellas relaciones patrimoniales de los cónyuges que reflejan más bien su capacidad que sus derechos sobre los bienes adquiridos por el contrato. Cuando los cónyuges, por ejemplo, se hayan casado en un país por el sistema de la separación de los bienes, con arreglo á la ley vigente en él, y según ésta tuviese la mujer el derecho de disponer libremente de los bienes parafernales, y se hubieren luego naturalizado en otro país donde según la ley no pueda la esposa disponer de tales bienes sin estar autorizada para ello por el marido ó por el Tribunal, no podría aquélla invocar la ley de la patria originaria que reguló *ab initio* las relaciones patrimoniales entre ella y el marido, para deducir que puede, por sí sola, disponer de los bienes de su propiedad. Cuan-

do se trate, en efecto, de una controversia de índole patrimonial, siendo ésta, por su naturaleza, una cuestión de capacidad, deberá ser resuelta de conformidad con la ley de la patria electiva, por la razón de que, produciendo la naturalización el cambio del estatuto personal, produce á la vez el cambio de las reglas imperativas que conciernen á la capacidad de los naturalizados.

1.029. No puede aplicarse con seguridad el mismo principio á la enajenabilidad é inenajenabilidad de los bienes dotales. Algunos han creído encontrar también en esto una cuestión de capacidad, y así lo expresa Demangeat (1); mas nos parece más exacto ver en esto una contienda de relaciones contractuales, y, por consiguiente, entendemos que debe resolverse con arreglo á la ley bajo la que se estipuló el contrato de matrimonio, si el inmueble dotal puede ser ó no enajenado. Decimos esto porque, así como al establecer el régimen de los bienes debe admitirse, dentro de los justos límites, la autonomía de los cónyuges y debe respetarse lo que en virtud de tal autonomía hubiesen estipulado entre sí, del mismo modo, considerando que libremente podían establecer el régimen dotal ó el de la separación, dado que hayan establecido el régimen dotal, y, en atención al derecho que les reconoce la ley bajo la cual estipularon el contrato, hayan convenido poder enajenar el inmueble dotal, quedaría evidentemente cambiada la base de las relaciones patrimoniales contractuales, si á consecuencia de la naturalización efectuada en un país en que según la ley fuese declarada la dote inenajenable, se quisiera limitar el derecho de enajenarla según el contrato.

Podría encontrarse una razón de mucho peso para sostener lo contrario, si la inenajenabilidad del fundo dotal quisiera considerarse como inspirada por motivos de orden público, según el concepto romano: *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere*. Mas conviene notar que en el derecho moderno se admite también que pueda enajenarse la dote cuando hayan pactado los cónyuges la enajenación en el contrato de matrimonio, ó cuando reconozca el Magistrado su necesidad ó utilidad, por lo que no puede darse sobre todo esto una regla de orden público,

(1) Nota á Foelix, t. I, § 90.

sino que conviene considerarla más bien como una regla de carácter patrimonial contractual, y admitir, por tanto, que hay que referirse á la ley de la patria originaria bajo cuyo imperio se haya estipulado el contrato de matrimonio, para decidir si el fundo dotal puede ó no ser enajenado.

Sólo puede admitirse que, cuando con arreglo á la ley del contrato esté prescrita la absoluta inenajenabilidad, y según la de la patria electiva pueda ser autorizada por el Tribunal en los casos de necesidad ó de evidente utilidad (como sucede, por ejemplo, según el Código civil italiano en el caso del art. 1.405) debería aplicarse esta última ley, porque en realidad el derecho atribuido por la soberanía territorial al Magistrado para autorizar la enajenación de la dote, debe considerarse conferido al mismo respecto de todos los que estén sujetos á la autoridad soberana como súbditos ó como naturalizados, y no podría ser limitado en virtud de la ley extranjera (a).

1.030. Teniendo presentes los principios expuestos hasta ahora, conviene limitar la aplicación de la máxima general antes mencionada solamente á las relaciones patrimoniales de los cónyuges que tengan el carácter de verdaderos y propios derechos contractuales, y por consiguiente considerar que éstos deben quedar inmutables, no obstante la naturalización efectuada, y que deben ser determinados y regidos por la ley extranjera bajo la que se estipuló el contrato de matrimonio. En el mismo sentido habrá de decidirse si el régimen legal de los bienes debe

(a) Ann ha faltado á Fiore consignar otro caso que puede presentarse, y de hecho ocurre, á saber: el de que la ley autorice la enajenación de los bienes dotales por la mujer sin necesidad de autorización judicial, ni justificación alguna de necesidad ó utilidad, si aquélla fuese mayor de edad y tuviese permiso del marido. Así lo prescribe el art. 1.361 del Código civil español. Es cierto que á continuación (en el párrafo segundo del mismo artículo) dice que en este caso, tendrá el marido obligación de constituir hipoteca por dichos bienes y esto ya modifica bastante el sentido del primer precepto y aminora las dificultades que pudieran surgir para resolver el conflicto con otras leyes como la italiana por ejemplo, puesto que la venta resultaría en realidad un simple cambio de garantía, en su caso.

ser el de la dote, comunidad ó separación, y cuáles son los respectivos derechos adquiridos según el contrato que haya establecido uno ú otro sistema de régimen; si el marido debe ó no ser reputado propietario de la dote y cuándo, y qué derechos tiene como administrador de la misma; si la comunidad debe reputarse extensiva á todas las adquisiciones ó no y cuáles deben ser los bienes comprendidos y cuáles los excluidos en el régimen de la comunidad, etc.

1.031. Respecto de este último punto, sólo juzgamos oportuno notar, que así como al determinar los bienes que forman la comunidad, la naturaleza jurídica y la calificación de los mismos pueden tener un valor decisivo para establecer si ciertos bienes deben considerarse comprendidos ó excluidos, así también no puede sostenerse que todo deba depender de la ley extranjera por la que debe regirse el contrato de matrimonio. Los derechos contractuales pueden depender de dicha ley, mas la condición jurídica de las cosas que deban reputarse ó no como objeto del derecho, deberá depender, por el contrario, de la ley del lugar donde las cosas se hallen y según la cual deberá determinarse la naturaleza jurídica de las mismas. De este modo debería resolverse si la controversia acerca de los bienes que forman el objeto de la comunidad surgiera con motivo de ser considerados, por ejemplo, como inmuebles ciertos objetos con arreglo á la ley bajo cuyo imperio se estipuló el contrato de matrimonio y como muebles con arreglo á la de la patria electiva donde dichos bienes se hubieren adquirido.

La ley bajo la que se estipuló el contrato de matrimonio debería seguramente aplicarse para determinar los derechos de las partes, es decir, para decidir si los muebles futuros deberían ó no ser comprendidos en la comunidad, y si en totalidad ó en parte; mas para decidir si, por el contrario, una cosa dada, adquirida bajo el imperio de la ley del país donde los cónyuges se hubieren naturalizado, debe reputarse mueble ó inmueble, no podría ciertamente desconocerse la autoridad de esta última ley, ni aducirse la intención de las partes deducida de los pactos entre ellas estipulados en el contrato de capitulaciones para hacer entrar en la comunidad ciertos bienes, que deban ser repu-

tados inmuebles según la ley extranjera y que sean calificados entre las cosas muebles según la ley de la patria electiva bajo cuyo imperio dichas cosas se hallen efectivamente.

Respecto, pues, del derecho de disponer de las cosas comprendidas en la comunidad, conviene siempre tener presente que si la disposición legislativa establece una regla de capacidad, hay que atenerse á la ley del país donde los cónyuges obtuvieron la naturalización, fundándose siempre en el principio de que ésta produce el cambio del estatuto personal; mas si, por el contrario, puede considerarse el derecho de uno de los cónyuges como teniendo el carácter de derecho patrimonial contractual, convendrá atenerse á la ley reguladora del contrato de matrimonio. Así, por ejemplo, debería juzgarse si, según ésta, el consentimiento de ambos cónyuges fuese reputado necesario para enajenar válidamente un objeto común.

Esta necesidad del consentimiento debería subsistir, aunque la ley de la patria electiva dispusiera otra cosa. No se estaría en el caso de suscitar una cuestión de capacidad para poderse sostener que todo debía depender del nuevo estatuto personal, si se tratara, por el contrario, de un derecho patrimonial contractual. Precisa considerar, en efecto, que la validez del consentimiento y todas las condiciones legales para prestarlo válidamente, son sin duda cuestiones de capacidad y como tales están sujetas á las reglas que conciernen á la capacidad jurídica de las personas, siempre que llegue á efectuarse una variación de la ley relativa á ella.

En cambio, la condición pactada en un contrato de que una de las partes no pueda realizar actos de disposición ni de enajenación de la cosa común sin el consentimiento de la otra parte, afecta directamente á las relaciones contractuales, sirviendo, por tanto, para determinar la naturaleza y extensión de los recíprocos derechos adquiridos por el contrato. Ahora bien, así como una ley nueva no podría mudar, en principio, la base de las relaciones contractuales, tampoco podría considerarse cambiada con la naturalización la base de las dichas relaciones establecida por los cónyuges.

El derecho de hacer cesar la comunidad y de proceder á la división de los bienes comunes puede regirse por la ley de la

patria electiva, puesto que, como la división sería un acontecimiento *ex post facto*, racionalmente debería ser regulado por la ley bajo cuyo imperio quisieran los cónyuges proceder á la disolución de la comunidad. Debemos añadir además que no podría invocarse la ley originaria de las relaciones contractuales para hacer cesar la comunidad mediante la separación voluntaria de los bienes, si la ley de la patria electiva dispusiera otra cosa, puesto que, como en todo esto estarían interesados los derechos de los terceros, no podrían éstos ser defraudados en los legítimos derechos adquiridos respecto de la comunidad, y de sus legítimas esperanzas con arreglo á la ley del Estado del que los cónyuges hayan venido á ser ciudadanos, admitiendo en esto la autoridad de la ley extranjera. Siempre tendría ésta su autoridad para determinar los respectivos derechos de los cónyuges sobre las adquisiciones de la comunidad en caso de disolución y para determinar además sus respectivas obligaciones con relación á las deudas con que pudiera estar gravada la comunidad, ya para con el marido, ya para con los acreedores, pues tales derechos y obligaciones, considerando individualmente al marido y á la mujer, tienen su fundamento en las relaciones contractuales patrimoniales y como tales deben ser respetados.

1.032. Las mismas reglas pueden aplicarse en la hipótesis de que los cónyuges hayan pactado el sistema del régimen dotal y quieran luego proceder á la separación de la dote. Ora pueda ésta admitirse con arreglo á la ley de la patria electiva, á consecuencia de la sobrevenida separación personal, ora pueda serlo por otros motivos, debería sujetarse al imperio de dicha ley, que habría de regir además la administración de la dote en caso de separación; pero, por el contrario, para lo que pueda referirse á los efectos de la separación de la dote en cuanto á los respectivos derechos patrimoniales de los cónyuges, habría que atenerse á la ley de la patria originaria para determinar aquellos derechos que se derivan del contrato de matrimonio. Así, por ejemplo, debería resolverse la cuestión del lucro dotal pactado ó el debido según la ley bajo la que se estipuló el contrato de matrimonio. También debe considerarse el derecho al lucro dotal como un derecho contractual adquirido

por el hecho del matrimonio y en virtud del contrato ó de la ley que reguló *ab initio* las relaciones patrimoniales de los cónyuges. Por consiguiente, si llegara á cesar el régimen dotal con motivo de la disolución del matrimonio ocurrida por la muerte ó por el divorcio, debería resolverse con arreglo á la ley que en su origen estableció las relaciones patrimoniales ó bajo cuyo imperio se estipuló el contrato de matrimonio, si debe ó no ser restituída la dote al constituyente, si debe atribuirse al marido el lucro dotal ó á la mujer cualquier lucro relativo á la dote. La razón es siempre la misma: que el derecho al lucro dotal ó marital, así como el de la reversión de la dote al constituyente, deben considerarse como derechos contractuales adquiridos en el momento en que el contrato de matrimonio se hace perfecto, y, por tanto, deben ser determinados y regidos por la ley bajo cuyo imperio fueron adquiridos dichos derechos. Inútil sería aducir en contra que debiendo tales derechos ser considerados como condicionales y eventuales, habrán de ser regulados por la ley del país de que hayan venido á ser súbditos ambos cónyuges, y en donde el hecho de la separación de la dote ó el de la disolución del matrimonio llegue á verificarse, pues siempre está en contra la verdadera razón de que tales derechos, aunque condicionales y eventuales, no pueden ser considerados de otro modo que como derechos adquiridos desde el día del contrato de matrimonio, y, por tanto, que deben ser regidos por la ley bajo cuyo imperio se celebró aquél y las relaciones patrimoniales contractuales de los cónyuges quedaron establecidas.

Sólo para lo concerniente á los derechos correspondientes á terceros sobre los bienes dotales en caso de separación ó de disolución del matrimonio, ó adquiridos por ellos con arreglo á la ley del país del que los cónyuges hayan venido á ser súbditos, deben ser regidos por dicha ley, siempre por la razón de que la ley territorial, en lo que tiende á amparar los derechos de los terceros, debe tener autoridad, sin poder sufrir limitaciones de esta clase en virtud de la ley extranjera.

1.033. Los principios que hemos expuesto deberían aplicarse también en la hipótesis de que la controversia acerca del lucro marital relativo al importe de la dote, en caso de que mue-

ra antes la mujer, ó la del lucro correspondiente á la mujer sobre los bienes constituidos en dote, en caso de que muera primero el marido, surgida con ocasión de la sucesión abierta en la patria de elección y en contra de los legítimos herederos, que quisieran hacer valer sus derechos de sucesión sobre el patrimonio del cónyuge premuerto, de conformidad con las leyes allí vigentes. Es indudable que los derechos de sucesión deben ser determinados según la ley del país donde los cónyuges obtuvieron la naturalización; pero esto no cambiaría la esencia de las cosas, pues el lucro dotal, aunque se haga valer á consecuencia del hecho de la muerte ó de la sucesión, no puede ser considerado como un derecho de sucesión correspondiente al cónyuge supérstite.

Consistiendo, en efecto, el lucro nupcial, en aquella determinada ventaja que el cónyuge estipula en favor del otro en el contrato de capitulaciones para el caso en que él muera el primero, está basado en el convenio, y como tal es perfecto é irrevocable. La condición de la supervivencia del cónyuge en cuyo favor se estipula el beneficio nupcial sólo sirve para subordinarlo á la condición suspensiva de la supervivencia del que tales derechos quiera ejercitar. Debiendo reputarse, por tanto, el lucro, en atención á su naturaleza é índole, un verdadero derecho contractual, condicionado, es cierto, pero adquirido como tal por el cónyuge desde el día del contrato y convertido en perfecto bajo el imperio de la ley que en su origen reguló las relaciones patrimoniales, resulta claro que debe ser resuelta según la misma toda controversia acerca de los derechos de uno de los cónyuges sobre el patrimonio del otro en virtud del lucro nupcial pactado.

1.034. En el sistema de la separación de la propiedad de los bienes, esto es, cuando la mujer conserva el dominio, administración y disfrute de sus bienes parafernales, no son tan complejas las dificultades que pueden nacer en caso de naturalización en el extranjero, como en el sistema de la dote ó en el de la comunidad.

Convendrá también atenerse en esto á la ley de la patria de origen bajo la que se ha hecho el contrato de matrimonio, para

determinar la naturaleza, índole y extensión de los derechos correspondientes á la mujer respecto del dominio y administración de sus bienes parafernales, y también deberá ésta aplicarse para determinar la responsabilidad del marido respecto de la mujer, si ésta antes de la naturalización hubiere constituido al marido en administrador de sus bienes parafernales ó si hubiere dejado libremente, y sin oposición por parte de ella, que él asumiera la administración de tales bienes. Habrá que discernir en tales circunstancias el carácter de las relaciones contractuales y admitir, por consiguiente, respecto de éstas la autoridad de la ley bajo cuyo imperio nacieron tales relaciones. Por el contrario, habrá que aplicar la ley de la patria electiva, si los hechos á que se alude se hubiesen realizado después de la naturalización. Decimos esto, porque así como la relación contractual se derivaría ó del hecho del apoderamiento ó del de la administración sin oposición alguna, así habría también que referirse ó á la ley de la patria originaria ó á la de la patria electiva, según se haya verificado el acontecimiento bajo el imperio de una ó de otra ley.

Para todo aquello, pues, que concierna á los actos que puede consentirse que haga la mujer respecto de tales bienes, es decir, de poderlos enajenar válidamente, donarlos ó darlos en garantía, etc., y con ó sin autorización del marido, como en todo esto iría implícita la cuestión de capacidad personal y ésta debería depender de la ley de la patria electiva, no podría estarse en el caso de atenerse á la ley de la patria originaria.

Digamos además que también debería regirse por la ley de la patria electiva la obligación, que pudiera imponerse á la mujer, de contribuir con los bienes parafernales á los gastos de familia, pues en lo que á esto se refiere hay que ver una controversia de orden público familiar y admitir naturalmente la autoridad de la ley del país en que se naturalizaron los cónyuges.

1.035. Los principios que hemos sostenido respecto del cambio de nacionalidad y que deben aplicarse para resolver las cuestiones que puedan derivarse de la naturalización en el sistema que admite como decisiva la nacionalidad para determinar el estatuto familiar, pueden servir para resolver las mismas contiendas cuando surjan en el sistema que hace depender

del domicilio conyugal la determinación del estatuto familiar. Surgirán, en efecto, también en este segundo sistema, las mismas dificultades acerca de la autoridad de la ley del lugar del domicilio conyugal donde se estipuló el contrato de matrimonio y se establecieron en su origen las relaciones patrimoniales de los cónyuges, en la hipótesis de que trasladen éstos luego á otra parte el domicilio conyugal y surja de esto la disputa sobre si sus relaciones patrimoniales deben determinarse según la ley del primitivo domicilio conyugal ó según la del nuevamente adquirido *constante matrimonio*.

El Tribunal de apelación del Estado de Nueva Jersey adoptó, en su sentencia de 25 de Noviembre de 1884, la doctrina que hemos sostenido, haciendo aplicación de la misma en el sistema que prevalece según el Derecho americano, que hace depender el estatuto familiar del domicilio conyugal.

Tratábase de un americano domiciliado en París, que se había casado allí y se había trasladado luego á América, y se disputaba si habiéndose celebrado el matrimonio sin capitulaciones, debía someterse el régimen de los bienes á la ley francesa en atención á que los cónyuges habían fijado su domicilio conyugal en Francia y celebrado en ella el matrimonio sin capitulaciones, y si el ulterior traslado del domicilio debía ser reputado bastante para modificar el régimen patrimonial establecido al casarse. Considerando el Tribunal que el régimen legal de un matrimonio celebrado sin contrato debía regirse por la ley del domicilio conyugal, y considerando que el matrimonio se había celebrado en Francia, sin contrato, y que los cónyuges establecieron allí su domicilio, deducía que había que reputar adoptado el régimen de la comunidad según el Código francés, y que todos los efectos de ésta debían continuar necesariamente hasta la disolución del matrimonio (1).

(1) Confr. el artículo de Cachard en el *Journal du Droit int. privé*, 1885, pág. 280.

§ 4.º

Forma del contrato de capitulaciones.

1.036. El principio *locus regit actum* se aplica á la forma del contrato de capitulaciones.—**1.037.** Con qué limitaciones debe entenderse dicha regla.—**1.038.** Si puede ser válido el contrato de matrimonio hecho por escritura privada en el extranjero.—**1.039.** Del valor extraterritorial de un contrato de matrimonio legalmente hecho con la forma de documento privado.—**1.040.** Del contrato de matrimonio estipulado en el extranjero con las formas prescritas por la ley de la patria de los cónyuges.—**1.041.** Cómo para los derechos sobre las cosas inmuebles puede ocurrir que se siga la ley territorial.

1.036. El principio *locus regit actum* debe aplicarse á la redacción de las capitulaciones matrimoniales (1) lo mismo que á cualquiera otro contrato, para todo lo concerniente á la solemnidad y formas requeridas para la legalidad de la estipulación.

Según ciertas leyes, no se prescribe la escritura ó documento público como indispensable para la estipulación de las capitulaciones matrimoniales. Así, por ejemplo, en la Gran Bretaña é Irlanda, según las leyes, usos y costumbres, se da á todos la facultad de disponer de sus bienes por contrato de matrimonio y en la forma que mejor les convenga, pues no hay allí ningún sistema de régimen de los bienes como existe en Francia y en Italia. Los contratos de matrimonio pueden hacerse legalmente, y se hacen, por regla general, por documento privado y pueden hacerse legalmente antes ó después del matrimonio, no exigiéndose allí formalidad alguna de registro ni de publicación. Solamente, según la ley irlandesa, debe registrarse dentro de cierto plazo determinado por la ley misma, un *memorandum* de los pactos relativos á los bienes inmuebles existentes en Irlanda.

(1) Clunet, *Journal*, 1887, págs. 58-66.

1.032. Conviene notar ahora que, en virtud de la regla *locus regit actum*, no puede sostenerse que un italiano, celebrando el matrimonio en Inglaterra, pueda estipular capitulaciones matrimoniales ateniéndose á las leyes y costumbres de aquel Estado. Puesto que el contrato de matrimonio para todos los efectos, respecto de una familia italiana, debe regirse por la ley italiana, síguese que las disposiciones del Código civil concernientes á dicho contrato y que tienden á amparar los intereses de las partes, de la familia y de los terceros, deben siempre reputarse obligatorias respecto de los italianos aun cuando contraigan matrimonio en el extranjero ó estipulen allí las capitulaciones matrimoniales.

La disposición prescrita en el art. 1.382 del Código civil italiano (a) no puede sostenerse que tenga el carácter de estatuto real ni tampoco puede decirse que contituya el formal, sino que debe ser considerada como parte del estatuto familiar, y como tal, ha de tenerse por obligatoria para los italianos, aunque celebren éstos su matrimonio en el extranjero. No puede en verdad concederse que funden éstos en la *lex loci actus* el derecho de estipular las capitulaciones después del acto de la celebración del matrimonio.

(a) Aunque el art. 1.351 del Código civil español concuerda, en su primer párrafo, con el citado del Código italiano y el 1.322 con el 1.383 respectivamente de dichos Códigos, tiene el nuestro en su artículo 1.324 una excepción que en la ley italiana no hemos visto consignada, á saber: la de que se pueda sustituir la autenticidad del acta notarial en ciertos casos (el de que no haya Notario en la localidad y los bienes aportados no sean inmuebles, ni exceda su valor de 2.500 pesetas), por un documento privado, otorgado ante el Secretario del Ayuntamiento y dos testigos. Entiendo que esta disposición no podrá considerarse como aneja al estatuto personal, y por tanto, que un español no podría celebrar en caso análogo, en Italia, en esa forma sus capitulaciones matrimoniales; ¿pero podría regir la *lex loci contractus* si un italiano tratara de celebrar en España, en dichos caso y forma, sus capitulaciones matrimoniales?

No creemos oportuno, en una nota, extendernos en explicaciones ni en razonamientos; y por tanto, nos limitamos á consignar nuestra opinión afirmativa, remitiéndonos á las indicaciones que para casos análogos hace el autor más adelante.

pues las razones de interés público por las que el legislador impone que se estipulen las primeras antes que el segundo, subsisten respecto de los italianos donde quiera que contraigan matrimonio. Faltaríales, por tanto, á las partes la capacidad para poder estipular válidamente las capitulaciones matrimoniales después del matrimonio, pues esto no concierne á la forma, sino á la sustancia y contenido del acto legal.

1.033. Tampoco nos parece que pueda concederse el que se invoque la regla de las formas de los actos para deducir de ella que pueda reputarse legal el contrato hecho en Inglaterra por escritura privada. Considerando que el régimen patrimonial de los cónyuges interesa no sólo á sus derechos sino también á los de la familia y de los terceros que puedan tener intereses en ello, y que el estatuto familiar de los italianos es aquel que se halla prescrito en nuestro Código civil, y considerando que el legislador italiano, en interés de todos, ha sancionado la regla de la publicidad de las capitulaciones matrimoniales, es fácil comprender cómo el conjunto del sistema debe constituir un todo armónico, y que las disposiciones, ya sean concernientes á la capacidad de las partes, ya á las solemnidades de las estipulaciones, deben tomarse en su conjunto, porque, en su complejidad, se refieren á todas las relaciones patrimoniales de familia que se derivan del matrimonio y que vienen á establecerse mediante el contrato, con el que se atiende al porvenir en interés de las partes y de todos.

Las mismas razones de interés público que sirven para dar carácter y fisonomía propia á la institución de la familia deben servir también para darlos á todo el estatuto familiar, y para eximir de la aplicación de las reglas de Derecho común que conciernen á los contratos de Derecho privado, al contrato de matrimonio, que siempre debe ser considerado como un contrato *sui generis*, aun para lo que tiende á regular las relaciones patrimoniales observando ciertas reglas con relación á las solemnidades intrínsecas requeridas para poderlo estipular válidamente.

El Tribunal de casación francés ha mantenido, sin embargo, una regla distinta, estableciendo en su sentencia del 24 de Diciembre de 1867 que un contrato de capitulaciones estipulado en

España, en 1860, después de la celebración del matrimonio, con arreglo á la ley vigente allí entonces que lo permitía, debía ser válido en Francia en virtud de la regla *locus regit actum*. El Tribunal hubo de considerar que las disposiciones de los arts. 1.394 y 1.395 del Código civil no establecen una incapacidad personal, y que no forman parte del estatuto personal, que, de conformidad con el art. 3.º del Código Napoleón, sigue al francés aun en el extranjero, sino que por el contrario tienen aquellas disposiciones el carácter del estatuto formal; por esto, habiendo considerado dicho Tribunal: que la forma de las capitulaciones matrimoniales debe regirse por la ley del lugar donde se celebró el matrimonio; que la ley española, de conformidad con el Derecho romano, autorizaba á las partes para hacer dichas capitulaciones después del matrimonio; que el interesado Gaspar Pothier se había casado en España y que las capitulaciones matrimoniales se habían redactado con arreglo á la ley española, las consideraba válidas no obstante la prohibición de los arts. 1.394 y 1.395 del Código civil francés (1).

Tal decisión está conforme con otra tomada por el mismo Tribunal el 9 de Julio de 1855, mas no nos parece en verdad conforme con los principios racionales del Derecho. En efecto, investigando las razones por las cuales prohíbe el legislador que se estipulen capitulaciones matrimoniales después del matrimonio, compréndese claramente que no se trata de mera forma contractual, sino del contenido sustancial del acto bajo el aspecto de su validez. Se quiere, en efecto, evitar el peligro de la influencia decisiva que uno de los esposos pudiera ejercer sobre el otro, á fin de lograr para sí ciertas ventajas é inducirle á firmar pactos que probablemente antes se negara éste á suscribir. El principal motivo que informa, pues, esas disposiciones, consiste en el propósito de amparar la espontaneidad del consentimiento y la más completa libertad al establecer el régimen de los bienes conyugales, para amparar así mejor los intereses de las par-

(1) *Journal du Palais*, 1868, p. 303; Dalloz, 1856, 1, 9, y la de la Audiencia de Montpellier del 25 de Abril de 1844, *Journal du Palais*, 45, I, 162.

tes y los de las familias. Así, pues, equivaldría á contradecir la naturaleza de las cosas y la *mens legislatoris*, el querer considerar aquellas disposiciones al par de las otras que conciernen á las formas extrínsecas requeridas para la estipulación de un contrato. Con razón puede decirse que, como sostiene Troplong, el de capitulaciones es, por su naturaleza, un contrato antenupcial, y si el legislador, reconociéndole tal carácter, lo ha proclamado en la ley en que atiende á la organización de la familia, ¿cómo puede sostenerse que puedan los súbditos sustraerse á sus preceptos imperativos, al casarse en país extranjero? ¿No es lo mismo que admitir que el súbdito pueda á su antojo cambiar la base, el carácter, la naturaleza del estatuto familiar apoyándose en la regla *locus regit actum*? Más lógico nos parece, por el contrario, no llevar el alcance de esta regla fuera de su verdadera esfera jurídica y no confundir la capacidad, esencia y contenido de los actos, tales como son determinados por el legislador, con la forma, para no perturbar de este modo toda la organización de las relaciones de familia de cada país, sosteniendo que puedan los súbditos sustraerse á la autoridad de su propia ley traspasando las fronteras para celebrar allí el matrimonio.

1.039. En virtud de los mismos principios generales que hemos establecido debe también admitirse que cuando los extranjeros hayan celebrado el matrimonio en su patria y hayan regulado sus relaciones patrimoniales mediante contrato redactado con las formas prescritas con arreglo á la ley allí vigente, puedan útilmente invocar su contrato donde quiera, á fin de determinar los respectivos derechos sobre los bienes que les pertenezcan, y que los Tribunales extranjeros deben tener dicho contrato por eficaz, no obstante haberse redactado en forma de documento privado, y que con arreglo á la ley local se exigiese como indispensable el acto público para la validez del contrato de matrimonio. Esto mismo decimos también en la hipótesis de que dicho contrato quiera hacerse valer para determinar los derechos de uno y otro cónyuge respecto de un inmueble, pues los derechos privados legítimamente adquiridos por los extranjeros sobre las cosas inmuebles, donde quiera que estén sitas, deben

ser respetados, siempre que el reconocimiento de tales derechos y la admisión de las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan respecto de la propiedad de la cosa misma, no se oponga á un principio de orden público ó al derecho social territorial. De modo que no puede decirse, por ejemplo, que sólo porque el Código civil italiano prescribe, en el art. 1.382, que las capitulaciones deben estipularse en escritura pública, debe considerarse contrario al orden público que se repunte eficaz en Italia un contrato de matrimonio hecho por ingleses en la Gran Bretaña según la norma prescrita por la ley de su patria. Aun cuando se invocase tal contrato por la mujer ó por el marido para sostener los derechos correspondientes á cada uno de ellos sobre la cosa inmueble existente en el territorio italiano, no podría aducirse que en virtud de cuanto se halla prescrito en el art. 7.º de las disposiciones generales de las leyes italianas (esto es, que los bienes inmuebles están sujetos á las leyes del lugar donde estén sitos) deba reputarse ineficaz el contrato de matrimonio que no se hubiere estipulado por escritura pública para determinar las relaciones patrimoniales que se derivan del contrato respecto del inmueble existente en Italia.

La razón es siempre la misma: que la disposición sancionada en el artículo 1.382 forma parte del estatuto familiar, y que, como tal, no concierne más que á los cónyuges italianos, que deben quedar sujetos al imperio de nuestro Código civil; que los extranjeros no están obligados á conformarse con esa disposición y que contrayendo matrimonio en su patria no lo están tampoco á más que á redactar sus capitulaciones según las leyes, usos y costumbres de su país; que cuando hayan estipulado así su contrato respecto de los bienes, debe reputarse eficaz donde quiera que estén sitos esos bienes; que no puede considerarse contrario al orden público y al Derecho social el reconocimiento de la autoridad del estatuto familiar extranjero; que la regla concerniente á los inmuebles no puede modificar la que concierne á la autoridad del estatuto familiar en lo que se refiere á los derechos de las partes; que no podría darse el caso de aducir que con eso quedarían lesionados los derechos de los terceros, pues éstos deben saber muy bien que los derechos de

los cónyuges extranjeros sobre sus bienes deben ser determinados con arreglo á la ley de la patria de los mismos á la que ellos deben referirse para poder conocer y determinar la naturaleza y extensión de los citados derechos, y que, por consiguiente, no podrían invocarse las razones de orden público para sostener que los extranjeros, por la sola circunstancia de poseer un inmueble en Italia, deberían sujetarse á la ley italiana, que no tiene para ellos autoridad imperativa, y que deberían reputarse obligados á redactar sus capitulaciones matrimoniales con arreglo á una ley á la que jurídicamente no deben estar sometidos.

Por todas estas consideraciones nos parece que debe ser tenido por válido y oponible también á los terceros un contrato de capitulaciones estipulado entre ingleses en la Gran Bretaña sin formalidad ni publicidad y redactado en escritura privada, tanto antes como después del matrimonio, por la sola consideración de que es la ley inglesa la que constituye el estatuto familiar para los súbditos ingleses; que con arreglo á dicha ley es válido el contrato redactado en la indicada forma, y que no puede reputarse contrario al orden público admitir la autoridad del estatuto familiar extranjero para las personas sujetas á éste.

Se comprende bien que cuando el contrato pueda impugnarse según la ley de la patria por la inobservancia de las formalidades posteriores complementarias como, por ejemplo, la del registro hecho en la forma prescrita por la ley de la patria, y cuando además no se haya legalizado previamente con los visitos del Cónsul y del Ministro de Negocios extranjeros, no podrá oponerse útilmente á los terceros; pero cuando todo esto se haya hecho y en toda regla, los terceros á quienes fuere opuesto no podrían desconocer su eficacia.

1.040. Consideramos ahora oportuno examinar otro caso, relativo á dos extranjeros que, uniéndose en matrimonio en Italia ó en Francia, regulasen el régimen de sus bienes mediante contrato redactado con arreglo á las formalidades prescritas por la ley de su patria. Tal sería, por ejemplo, el caso de dos ingleses que casándose en Italia estipulasen el contrato por escritura privada y después del matrimonio.

Dijimos ya en la Parte general que, en virtud de la regla de Derecho privado internacional consuetudinario, es cosa admitida que dos extranjeros ciudadanos del mismo Estado puedan, al redactar un documento, seguir las formas prescritas por la ley de su patria. Esta regla, que se halla sancionada expresamente por el legislador italiano en el artículo 9.º de las disposiciones generales de las leyes, debe ser reputada en principio como fundada en la naturaleza misma y en la razón de las cosas por virtud de las cuales se ha admitido la regla *locus regit actum*. Consiente ésta, sin duda, que los súbditos sigan en la redacción de los actos las formalidades prescritas según la ley territorial más bien que las prescritas según la ley de su patria, en atención á la imposibilidad ó por lo menos á la dificultad de observar ésta exactamente en país extranjero. Esto, por otra parte, precisamente porque tiende á concederles una ventaja, no puede hacer obligatoria la regla *locus regit actum*, por lo que debe tener siempre para ellos el carácter de regla facultativa, en el sentido de que debe dejarse á la libre elección de los mismos el llenar las formalidades según la ley territorial ó según la ley de su patria. Estos principios deben aplicarse principalmente á la forma del contrato de capitulaciones que, como hemos dicho, aun respecto de las formalidades de la estipulación, cae bajo el imperio del estatuto familiar.

Es indudable que dos ingleses, que se unan en matrimonio en Italia, pueden estipular el contrato de capitulaciones por escritura pública ante Notario, sujetándose á la ley local. ¿Quién podría impedirles que renunciasen libremente á la ventaja de regular el régimen de los bienes en escritura privada? Mas no se puede igualmente sostener que en virtud de la regla *locus regit actum* no pueden obrar de otro modo que estipulando el contrato de matrimonio en escritura pública; esto conduciría á cambiar sustancialmente el carácter de la regla, haciéndola obligatoria, cuando debe considerarse como facultativa.

Puesto que la nacionalidad determina el estado jurídico de cada persona y la relación de ésta con su propio estatuto personal, considerando que éste sigue á todas partes á cada persona, *personam sequitur sicut umbra corpus*, resulta evidente que los

ciudadanos de la misma patria, hallándose en país extranjero, deben tener la facultad plena de observar cuanto prescribe la ley de su patria y de conformarse á ella cuando hagan allí una escritura. El sujetarse á la ley territorial respecto de la forma constituye para ellos realmente un privilegio y no una obligación jurídica.

Teniendo presentes estos principios, sostenemos que el contrato de capitulaciones hecho por dos ingleses en Italia debe reputarse válido, aunque no haya sido estipulado en escritura pública ante Notario, con arreglo á cuanto dispone el art. 1.382 del Código civil.

Fundamos esta opinión nuestra en el concepto de que, según las leyes, usos y costumbres de la Gran Bretaña é Irlanda, toda persona es libre para disponer de sus bienes en su contrato de matrimonio en la forma que mejor le convenga. Ningún sistema legal de régimen de los bienes es declarado obligatorio según las leyes de dichos países, y puede hacerse legalmente el contrato por documento privado, tanto antes como después del matrimonio, y no se exige que sea publicado sino solamente que se registre un *memorandum* para los efectos del contrato respecto de los bienes inmuebles. Considerando ahora que los extranjeros súbditos de la misma patria pueden ajustarse exclusivamente á su ley nacional y que el legislador italiano ha reservado expresamente esta facultad, no sólo admitiendo que el estado, la capacidad y las relaciones de familia deben regularse respecto de los extranjeros por la ley del Estado á que pertenezcan (art. 6.º disposiciones generales), sino que además es potestativo para los mismos el seguir, aun respecto de las formas, la ley patria, cuando ésta sea común á entrambos contrayentes (art. 9.º), se comprende que deba reputarse válido y eficaz el contrato por escritura privada en el caso que hemos supuesto (a).

(a) Véase la nota (a) puesta al núm. 1.037. Lo dicho en este párrafo no resuelve la cuestión allí propuesta, porque la forma de documento privado existe en todas partes; pero la manera de suplir el acta notarial en determinados casos como el allí propuesto, puede ser peculiar de la ley española; y siendo desconocido en Italia, por

1.041. Compréndese bien que, si tal contrato implicase transmisión de derechos sobre cosas inmuebles existentes en Italia, sería también necesario que se cumpliesen las disposiciones de la ley italiana. Así sería necesaria la transcripción, si en dicho documento privado las partes hubiesen convenido cualquiera transferencia de derechos reales sobre inmuebles existentes en Italia, y la inscripción, si respecto de esto se hubiere estipulado cualquiera garantía real en forma de prenda ó de hipoteca para seguridad de los respectivos derechos, y el contrato no podría ser eficaz en un caso ó en el otro entre las partes ni respecto de los terceros independientemente de la transcripción ó de la inscripción hecha con arreglo á nuestra ley. Pero, por el contrario, para todo aquello que pueda afectar al régimen de los bienes independientemente de tales consecuencias, debería reputarse válido y eficaz el contrato, pues habiendo preferido los cónyuges ingleses someterse en todo, como tenían derecho para hacerlo, al imperio de la ley de su patria, sólo ésta debe determinar la naturaleza del contrato, su legalidad y la forma de su redacción.

Nada de esto podrían impugnar aquellos que en lo sucesivo tuviesen relaciones é intereses con dichos cónyuges, pues todo lo que está conforme con los principios del Derecho internacional privado no constituye para los extranjeros un favor, que pueda derogarse para dar ventajas á los nacionales, y, por otra parte, éstos deben siempre conocer que han de atenerse á la ley extranjera para saber con exactitud la situación patrimonial de los cónyuges ingleses y deberán considerar culpa suya si, tratando con ellos sin haber tomado previamente los informes necesarios para seguridad de sus intereses, fueren defraudados en sus esperanzas por el falso supuesto de que los cónyuges ingleses debieran observar las disposiciones de nuestro Código civil (el italiano) al estipular el mencionado contrato de capitulaciones matrimoniales.

ejemplo, no habrá medio normal de llevarlo á cabo, puesto que el de que allí se trata no es un documento privado propiamente dicho, sino de uno semipúblico por los requisitos que para su validez se exigen.

Creemos oportuno hacer notar que las reglas que hemos expuesto son concernientes al contrato de capitulaciones matrimoniales en sus relaciones de derecho civil, y que trataremos en su lugar acerca de las que pueden nacer con motivo del ejercicio del comercio. Hasta el extranjero que esté autorizado para ejercer el comercio en Italia debe estar sujeto á todo lo que dispone el Código de comercio italiano para la publicación del contrato de capitulaciones, pero no es este el lugar en que debemos ocuparnos de ello.

CAPITULO II

De la compra y venta.

1.042. Orden del tratado.

1.042. La venta (1) es un contrato consensual y sinalagmático, mediante el que se obliga uno á transferir por determinado precio la propiedad de una cosa á otro, que á su vez se obliga á pagar por ella el precio fijado.

Hemos juzgado oportuno tratar bajo este título de la cesión de los créditos y de las acciones, porque esta es también una venta cuando se hace por determinado precio en dinero; pero la hemos tratado en un párrafo aparte, porque está sujeta á reglas propias. Toda la materia se dividirá, pues, así:

§ 1.º *Condiciones que se requieren para la validez del contrato.*

§ 2.º *De las obligaciones del vendedor.*

§ 3.º *De las obligaciones del comprador.*

§ 4.º *De la resolución de la venta.*

§ 5.º *De la rescisión por causa de lesión.*

§ 6.º *De la cesión de créditos y otros derechos.*

(1) Empléase indiferentemente la palabra *venta* ó *compra* para denotar el contrato que se deriva de la compra y venta, porque como lo nota Donello, la compra y la venta no son dos convenios, de los que puede uno existir independientemente del otro, sino que son dos elementos del mismo y único contrato, y por eso se emplean promiscuamente para designarlo. *Sic nec posita venditione aliud intelligere possumus quam emptionem huic adjunctam.* (Donello, *Ad titulum XXXVII. De contrahenda emp. et vendit.*)

« Sáenz de Jubera, Hnos. Libreros-Editores »
Campomanes, 10.—Madrid

Historia de la novela en España desde el romanticismo á nuestros días,

— — por ANDRÉS GONZÁLEZ-BLANCO

MADRID.—1909

Un grueso volumen en 4.º, de más de 1.000 páginas, 12 pesetas.

Acaba de salir á luz esta importantísima obra, la primera en que se estudia con método escrupuloso y concienzudo análisis crítico el desarrollo de la literatura novelesca en nuestra patria desde la época romántica hasta nuestros días.

El autor analiza detalladamente las mejores producciones de los grandes maestros de la novela española, que, inspirándose en las obras superiores de Francia, Inglaterra é Italia, llevaron á un grado esplendoroso de prosperidad el mismo género en nuestra patria. Aunque concediendo especial preferencia á los autores de primer orden, no por eso quedan arrinconados en el olvido los de segunda fila. Todas las más

salientes personalidades de la España literaria, desde mediados del siglo XIX, atraviesan por estas páginas llenas de atisbos críticos y caldeadas por muy buena y artística prosa.

Entre otros autores, se trata, en esta obra, de Larra, Martínez de la Rosa, Enrique Gil, Trueba, Fernández y González, Fernán Caballero, Alarcón, Valera, Galdós, Clarín, Palacio Valdés, la Pardo Bazán, Ochoa, Sawa, Macías Picavea, Pereda, Blasco Ibáñez, Bueno, Rueda, Trigo, López Ballesteros, Matheu, González Anaya, Maldonado, Zamacois, López de Haro, Pérez de Ayala, López Pinillos, López Roberts, Martínez Sierra, Acebal, Ciges Aparicio, Baroja, Azorín, Zozaya, Llanas Aguilaniedo, Nogales, Blas y Ubide, etc.

Esta obra debe ser leída y estudiada por cuantos quieran ponerse al corriente de la producción literaria (especialmente en el género novelesco) durante el siglo pasado y en los primeros años del siglo que corre.

Sáenz de Jubera, Hermanos, Editores. Campomanes, 10

PUBLICACIONES NOTABLES DE LA MISMA CASA

	Pesetas
Arnáiz (Rdo. P.) —Los fenómenos psicológicos: cuestiones de Psicología contemporánea. Un tomo.....	5
— Elementos de Psicología fundada en la experiencia.— La vida sensible Un tomo.....	4
— Percepción visual de la extensión. Un volumen en rústica.....	1,50
— Las «metáforas» en las Ciencias del espíritu. Un volumen.....	2
Artaud de Montor. —Historia del Papa León XII. Dos tomos en 4.º.....	4
Baets (M.) —Las bases de la Moral y del Derecho. Un tomo	7
Ballerini. —Análisis del socialismo contemporáneo.—Un t.	5
Bermejo (J. A.) —Conflictos y tribulaciones de la Compañía de Jesús desde su fundación hasta nuestros días. Dos tomos en 8.º.....	5
Blanco García (Rdo. P.) —La literatura española en el siglo XIX. Tres tomos en 4.º.....	16
— Fr. Luis de León. Estudio biográfico del insigne poeta agustino, obra póstuma del Rdo. P. Blanco. Un t.	4
Du Lac (Rdo. P.) —Jesuitas (obra de actualidad). Un t.	3,50
Félix (Rdo. P.) —El socialismo ante la sociedad. Un tomo en 8.º.....	2,50
— Cristianismo y socialismo. Un tomo en 8.º.....	2,50
— El charlatanismo social. Un tomo en 8.º.....	2
Fonsegrive (Jorge L.) —Ensayo sobre el libre albedrío.....	6
Fouillée (Alfredo) —El Moralismo de Kant y el Amoralismo contemporáneo. Un grueso volumen.....	6
— Los elementos sociológicos de la Moral, versión castellana, prólogo y notas de D. Jenaro González Carreño. Un grueso volumen.....	7
— Moral de las ideas-fuerzas, con prólogo y notas de González Carreño. Dos tomos.....	10
Gaume (Mr.) —Tratado del Espíritu Santo. Dos tomos en 4.º.....	8
Gómez Bravo (Rdo. P.) —Tesoro poético del siglo XIX. Seis tomos.....	18
González Carreño (G.) —La imagen genérica y la idea. Estudio de Psicología experimental. Un volumen.....	2
Grasset (J.) —Los límites de la Biología, con prólogo de Paul Bourget. Un volumen.....	4
— Semi-locos y semi-responsables. Un grueso volumen.	6
Kurth (Godofredo) —La Iglesia en los trances de la historia. Un tomo.....	1,50
Martínez (Fr. Zacarías) —Discursos y oraciones sagradas. Un volumen.....	6

	Pesetas
Martínez (Fr. Zacarías).—Estudios biológicos. 1. ^a serie. Un volumen.....	5
— Idem íd., 2. ^a serie. La Herencia. Hipótesis acerca del sueño. Optimismo científico. Un volumen.....	5
— Idem íd., 3. ^a serie. La Finalidad en la Ciencia. Un volumen.....	5
— La fe y las ciencias médicas.—Un volumen.....	0,50
Max Turmann.—El desenvolvimiento del catolicismo social desde la Encíclica <i>Rerum Novarum</i>	6
Máximo.—El anticlericalismo y las órdenes religiosas....	3
Mercier (D).—Orígenes de la Psicología contemporánea. Un tomo.....	6
Mir (Rdo. P. Miguel).—Armonía entre la ciencia y la fe. Un tomo en 4. ^o	6
Mir (Rdo. P. Juan).—La Inmaculada Concepción. Un volumen en rústica.....	9
— La Inmaculada Concepción. Un volumen en tela.....	11
— El Centenario Quijotesco. Un volumen en tela.....	3
— Rebusco de voces castizas. Un grueso volumen en tela.	10
— Prontuario de hispanismo y barbarismo. Dos gruesos volúmenes encuadernados.....	30
Millot (Abate).—¿Qué debe hacerse por el pueblo? Bosquejo de un programa de estudios sociales. Un vol.....	7
Montes (Rdo. P.).—Justicia humana, novela. Un tomo....	2,50
Muncunill (Rdo. P.).—Tractatus de Verbi Divini Incarnatione. Un vol.....	9
Paz (Abdón).—Luz en la tierra: demostración de que entre la religión católica y la ciencia no pueden existir conflictos. Un tomo en 4. ^o	5
— El árbol de la vida: estudios sobre el cristianismo. Un tomo en 4. ^o	5
Piat.—Destino del hombre. Un tomo.....	4
Ruiz Amado (R. P. Ramón).—El modernismo religioso. Un tomo.....	3
Urráburu (Rdo. P.).—Compendium Philosophico Scholasticae, Lógica. Un vol.....	4
— Idem íd. Ontología.....	4
— Idem íd. Psicología.....	5
— Idem íd. Cosmología.....	4
— Teodicea.....	4
Young (Rdo. P.).—Países católicos y protestantes comparados en civilización, bienestar general, cultura y moralidad; traducido por un P. de la Compañía de Jesús. Un volumen.....	5
Zaccaria (Abate).—Dad al César lo que es del César; pero dad también á Dios lo que es de Dios, ó sea, disertación sobre la potestad reguladora de la disciplina. Un tomo en 4. ^o	2,50

§ 1.^o*De la ley que debe regular las condiciones para la validez de la venta.*

1.043. Cuestiones que pueden surgir de la venta sujeta á diferentes leyes.—1.044. De la capacidad de las personas que pueden comprar y vender.—1.045. Autoridad de la prohibición de ser compradores prescrita por la ley respecto de ciertas personas.—1.046. Del padre italiano ó francés que quiera comprar los bienes del hijo existentes en Francia ó en Italia.—1.047. Principios generales acerca de la ley que debe regir las incapacidades especiales para comprar y vender.—1.048. Cómo debe resolverse la cuestión acerca de las cosas que pueden venderse.—1.049. Aplicaciones de los principios en caso de venta de cosa ajena.—1.050. De la venta de cosa declarada fuera de comercio según la *lex rei sitae*.—1.051. De la venta de los títulos de lotería.—1.052. Venta de cosa que luego sea declarada fuera de comercio.—1.053. Reglas generales sobre el contenido de las obligaciones y su cumplimiento.

1.043. Cualquiera que sea el país en que pueda haberse hecho el contrato, siendo la transmisión de la propiedad de la cosa vendida el objeto propio de la obligación del vendedor, debe éste reputarse fuera de la autonomía de las partes. «*Nemo potest videri eam rem vendidisse de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat: sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus* (1).

Las cuestiones relativas á este contrato pueden surgir en la hipótesis de que sea distinta la ley bajo cuyo imperio las partes lo estipularon y de la del país en que deba efectuarse su cumplimiento, y de que se trate de determinar cuál de ellas debe tener autoridad respecto de las recíprocas obligaciones asumidas por las partes contratantes y respecto de los actos que una y otra deben realizar para el cumplimiento de las obligaciones y ejecución del contrato, y, en fin, respecto de las consecuencias jurídicas que pueden nacer del mismo contrato ó con motivo de su cumplimiento, y no sólo en las relaciones personales de los mismos contratantes, sino también en las de los terceros que

(1) L. 80, § 3.^o, Dig., *De contrahenda emptione*, XVIII, 1.

puedan tener derechos sobre la cosa que haya sido materia del contrato.

1.044. La capacidad de las personas que pueden comprar y vender debe depender de la ley á que cada una de ellas deba estar sujeta. Siendo, en efecto, la venta un acto con el cual el propietario de la cosa dispone de ella, puede hacerlo válidamente cualquiera que sea capaz según su propia ley nacional, y esta capacidad no podría quedar modificada por la *lex rei sitae*, cuando se trate de una cosa inmueble. No pueden, por tanto, reputarse aplicables á los extranjeros las limitaciones que se hallen prescritas según la ley territorial, dado que ésta prohíba que ciertas personas compren ó vendan. Esto debe decirse, por ejemplo, de la incapacidad que han establecido los legisladores en el artículo 1.457 del Código civil italiano y en el 1.596 del Código francés, respecto de los tutores y administradores (a), los cuales no son aplicables á los extranjeros que quieran enajenar un inmueble existente en Italia ó en Francia, como si tuviese por objeto la disponibilidad de los bienes y como tal constituyeran una ley real, sino que habría, por el contrario, que atenderse á la ley personal, y considerando las susodichas disposiciones comprendidas entre las que establecen una incapacidad especial fundada en las relaciones de familia ó en las personales, admitir que sean éstas obligatorias sólo respecto de los súbditos sometidos á la autoridad de la ley del país donde existan los bienes que quieran comprar ó vender; y respecto de los extranjeros que quieran enajenar ó comprar un inmueble existente en Italia ó en Francia, atenderse á su ley personal, ya amplíe ó restrinja la incapacidad especial en dichos artículos consignada.

De nada serviría aducir en contrario, que las mencionadas disposiciones deben ser reputadas de orden público, pues aun reconociendo que han sido inspiradas por justos motivos de

(a) El Código civil español establece la misma prohibición en dos preceptos distintos, en cuanto á los tutores, á saber: el núm. 4.º del artículo 275, y el 1.º del art. 1.459 de dicho cuerpo legal. En cuanto á los administradores, sólo alude á ellos el núm. 2.º del citado artículo 1.459 de nuestro Código civil, cuando procedan como mandatarios de los dueños ó propietarios de las fincas.

dicho orden respecto de las personas sujetas al imperio de la ley, con todo eso no puede sostenerse que deban aplicarse á los extranjeros por razones de orden público, porque el Derecho social no podría considerarse lesionado en el caso en que aquellos que tuvieren capacidad para vender y comprar según su ley personal hicieran válidamente dichos actos en el país en que estuviese vigente una ley diferente respecto de la capacidad.

Estamos en esto enteramente de acuerdo con Laurent (1) que sostiene, además, que no sólo las incapacidades generales, como son las que afectan á los menores, á los que están en entredicho y á las mujeres casadas, sino también las especiales que establece la ley respecto de ciertos contratos, son una dependencia del estatuto personal y que nó puede establecerse diferencia alguna entre las unas y las otras bajo el punto de vista de la ley por la que deben regirse.

1.045. El art. 1.456 del Código civil italiano sanciona la regla tradicional de Derecho común, con la que también está conforme la del 1.594 del Código civil francés, esto es, que pueden comprar ó vender todos aquellos á quienes no se lo prohíba la ley. En el siguiente art. 1.457 dice luego el legislador italiano: «No pueden ser compradores ni aun en subastas públicas, so pena de nulidad del contrato, ni directamente, ni por mediación de otra persona, el padre, de los bienes de los hijos sujetos á su potestad; los tutores, protutores y los curadores, de los bienes de las personas sujetas á su tutela, protutela ó curatela» (a).

¿Debe mirarse la prohibición sancionada en dicho artículo como imperativa también para los extranjeros?

A primera vista podría sostenerse la afirmativa fundándose en el concepto de que tal disposición, tratándose de venta de un inmueble, debe ser aplicada (dado que se trate de inmueble existente en Italia) en virtud del art. 7.º de las *Disposiciones generales* de nuestro Código, que somete los inmuebles á las leyes del lugar donde están sitios. De este modo vendría á

(1) Laurent, *Droit civil international*, t. VIII, § 134 y siguientes. Confr. Brocher, *Droit international privé*, t. II, §§ 188 y siguientes.

(a) Véase la nota (a) puesta al número anterior (1.044).

atribuirse á ésta la autoridad del estatuto real ó territorial; pero tal argumento estaría destituido de valor, porque hemos demostrado cumplidamente que las leyes que regulan los derechos y la capacidad de las personas respecto de los bienes no pueden considerarse como un estatuto real, siempre que se trate de una cosa inmueble. Las razones que hemos aducido deben servir para establecer en principio, aun en contra de cualquiera legislación que sea, que no puede atribuirse la autoridad del estatuto real á las disposiciones sancionadas por el legislador y que conciernen á la incapacidad, aunque se trate de determinar la capacidad ó incapacidad de disponer de un inmueble, siempre por la razón de que, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se hallen, la capacidad de las personas debe depender exclusivamente de la ley personal.

No podría, por tanto, sostenerse que, aun considerando en principio lo prescrito por el legislador italiano en el artículo 6.º de las *Disposiciones generales*, esto es, que el estado y la capacidad de las personas deben regirse por la ley nacional, no podría excluirse la aplicación de la ley italiana, porque el legislador, en el art. 12 de las citadas *Disposiciones*, prescribe la limitación de que en ningún caso podrán las leyes extranjeras derogar las prohibitivas del Reino que conciernan á las personas ó en algún modo se refieran al orden público. Podría aducirse, en efecto, en virtud de tal limitación, que la disposición prescrita en el citado art. 1.457 es una disposición prohibitiva concerniente á las personas, y por tanto, que, cuando sea distinta la ley extranjera, no podría pedirse su aplicación en Italia derogando la ley prohibitoria territorial que concierna á las personas; pero tampoco puede reputarse decisiva esta argumentación.

Cierto es, en efecto, que el legislador italiano excluye la autoridad de la ley extranjera siempre que ésta derogue las leyes prohibitivas del Reino concernientes á las personas; pero considerando bien el valor de esta limitación, puede comprenderse la falsedad de la argumentación aducida. Las leyes del Reino concernientes á las personas, ya sean permisivas ó prohibitivas, no pueden referirse en verdad á las personas que no estén sujetas á la autoridad de la ley italiana, pues de otro modo resul-

taría que el legislador italiano había desconocido la autoridad del estatuto personal y perturbado todo el sistema prescrito por el mismo con miras muy liberales y que se resume en atribuir fuerza extraterritorial al estatuto personal.

El legislador italiano ha establecido en el art. 6.º cuáles son las leyes á que deben quedar sujetas las personas, admitiendo en principio que éstas, para todo lo concerniente al estado y capacidad personal y á las relaciones de familia, deben quedar sujetas á la propia ley nacional, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y en cualquier país donde estén sitios. Por lo que debe deducirse que las leyes prohibitivas del Reino que se refieren á las personas son sólo concernientes á las personas sujetas á la autoridad de la ley; por consiguiente, resulta claro que, como los franceses, por ejemplo, no están sujetos, en lo que respecta á su estado y capacidad, á las disposiciones del Código civil italiano, la disposición prohibitiva prescrita en el art. 1.457 no se refiere á ellos, porque aun cuando éste contenga una disposición prohibitiva que concierna á las personas, no puede ser aplicada á los franceses, que no están sujetos á la ley italiana en todo lo que se refiere á su estatuto personal y á su capacidad jurídica (a).

1.046. Haciendo una aplicación de estos principios en comparación de las disposiciones prescritas por el Código civil francés y por el Código italiano respecto de la incapacidad de comprar, observamos que, con arreglo á este último, se declara incapaz de comprar al padre que quiera adquirir los bienes del hijo sujeto á su potestad. Mas esta incapacidad no existe, según el Código civil francés, respecto del padre y de la madre que tengan la administración legal de los bienes de sus hijos, y como las incapacidades para contratar son de la más estricta interpre-

(a) Las mismas disposiciones que en estos artículos y en los siguientes contienen los Códigos citados en el texto, contiene también el español en su art. 557 á 559, si bien nuestro Código ha seguido más á la letra en esta materia al legislador francés que al italiano, el cual no prohíbe á los esposos comprarse mutuamente los bienes. En cambio, el italiano veda la venta de padres á hijos sujetos á su potestad, que no la prohíben los Códigos español ni francés.

tación, se ha juzgado en Francia que la venta entre el padre y la madre y sus hijos es válida por la sola razón de que el Código francés no la prohíbe (1). Siendo esto así, no podría sostenerse que, tratándose de un inmueble existente en Italia, debería declararse nula la compra hecha por el progenitor francés, de dicho inmueble perteneciente al hijo sujeto á su potestad, en virtud de cuanto dispone el mencionado art. 1.457, y que el citado progenitor no podía invocar su propia ley personal para sostener la validez de la venta, aun cuando debiera tenerse por válida según el Código francés, porque de este modo vendría á derogar una ley prohibitiva del Reino concerniente á las personas. El razonamiento que hemos hecho está en contra de éste, pues la disposición prohibitiva prescrita por el legislador italiano en el art. 1.457 no concierne á los franceses, y precisamente porque no es concerniente á ellos no se puede admitir que exista derogación alguna contra ella, si el progenitor francés invoca la autoridad y aplicación de la propia ley personal, diferente de la nuestra, para sostener la validez de la venta.

Si se tratase, por el contrario, de un inmueble existente en Francia y el progenitor italiano lo hubiese comprado y quisiera sostener la validez de la venta, aduciendo que, con arreglo al artículo 3.º del Código civil francés, se rigen los inmuebles por la ley francesa, y que según ésta no existe prohibición alguna de que el progenitor compre los bienes del hijo sujeto á su potestad, tendría en ese caso su justa aplicación la regla prescrita en el art. 12 de las *Disposiciones generales*. En efecto, así como las leyes personales rigen el estado y la capacidad jurídica de los súbditos aun en país extranjero, así el italiano no podría invocar la ley extranjera para derogar la ley prohibitiva que le concierne, esto es, la que se halla sancionada por el legislador italiano en el art. 1.457, en la que se prohíbe que el progenitor compre los bienes del hijo sujeto á su potestad. Esta prohibición establece una especial, que afecta al progenitor italiano, donde quiera que lleve á cabo el acto de compra, y cualquiera que sea

(1) Colmar, 15 de Noviembre de 1808.

el país en que existan los bienes, y en vano invocaría una ley extranjera para derogarla (a).

1.047. Resulta, pues, que respecto á las incapacidades especiales de las personas que pueden comprar ó vender, conviene atenderse exclusivamente á las leyes personales de éstas, y ya hemos dicho que no puede reputarse ofendido el orden público territorial en la hipótesis de que sea distinta la ley personal de la territorial en lo que regula las capacidades é incapacidades para comprar ó vender bienes.

Generalizando estos principios, decimos que no podría prohibirse á los cónyuges italianos la compra y venta de un inmueble sito en Francia, aunque tal contrato pudiera reputarse prohibido con arreglo á lo que dispone acerca de esto el art. 1.595 del Código francés, como, por otra parte, debería ser vedada la venta con arreglo á dicho artículo entre cónyuges franceses, aunque la prohibición no subsista en los casos objeto de aquel artículo según el Código italiano.

Además de las incapacidades fundadas en el estado y relaciones personales, puede haber otras que tengan el carácter de incapacidades objetivas, digámoslo así, en el sentido de que prohiban la compraventa por razones fundadas en la naturaleza de las cosas y en la moralidad intrínseca del acto jurídico, y reputamos tal, por ejemplo, la que se halla prescrita por el legislador italiano en el art. 1.458, con el que está conforme el 1.597 del Código francés. En efecto, la prohibición hecha, que afecta á los jueces, oficiales del ministerio público, cancilleres, abogados, procuradores y notarios de ser cesionarios de los litigios, causas y acciones litigiosas, debe ser tenida por de orden público, como motivada en la inmoralidad intrínseca del hecho jurídico,

(a) Ni el Código español (en sus arts. 1.458 y 1.459) ni el francés (en los 1.595 al 1.597), establecen esta prohibición. No es fácil predecir hasta qué punto sería respetada esa ley extranjera por nuestros Notarios, nuestros Registradores y Magistrados, si se presentara un caso de esta índole. Mas como éste, por la serie de circunstancias casuales que requiere, es punto menos que imposible que surja, no merece la pena de plantear y dilucidar esta cuestión, cuya solución concreta sería en extremo difícil.

y debería aplicarse también en la hipótesis de que los abogados y procuradores vinieran á ser cesionarios de un inmueble litigioso ó de causas litigiosas en un país en que esté vigente una ley distinta y pretendieran luego mantener la validez de los derechos adquiridos contra lo dispuesto en la ley italiana.

1.048. Respecto de las cosas que se pueden vender, conviene referirse naturalmente á la *lex rei sitae*, porque la condición jurídica de las cosas, sean inmuebles ó muebles, debe determinarse con arreglo á la ley del lugar donde actualmente estén situadas, y por consiguiente, hay que referirse á la *lex rei sitae* para decidir si una cosa debe ser ó no reputada fuera del comercio.

Por lo demás, puede suceder que se haga el contrato en un país donde según la ley se conceda valor jurídico al pacto de venta relativo á aquella determinada cosa, que efectivamente se halla en otro país en el cual la venta es declarada nula en atención al objeto de la misma. En esta hipótesis convendría distinguir lo concerniente á la validez de la obligación contractual de lo concerniente á la válida transmisión del dominio de la cosa vendida.

1.049. Considerando que el objeto propio de la venta consiste en transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida en equivalencia del precio determinado ó determinable que éste se obliga á pagar, resulta claro que no puede haber transferencia ni adquisición de la propiedad, sino cuando la cosa pueda ser objeto de enajenación; y así como debe decidirse con arreglo á la *lex rei sitae* si la cosa vendida puede ó no ser susceptible de traslación de dominio, así es también evidente que el contrato, en lo concerniente á la condición jurídica de la cosa como tal, debe quedar sujeto á la *lex rei sitae*. Por consiguiente, si una cosa fuese vendida en un país donde su venta sea permitida y la cosa estuviere efectivamente en otro país donde ésta fuere declarada fuera de comercio, resulta claro que tal contrato, en lo concerniente á la traslación del dominio, debe ser reputado sin causa por virtud del objeto con arreglo á la *lex rei sitae*. No obstante, no podría sostenerse que la obligación contractual deba tenerse por nula en absoluto en las relaciones de las partes contratantes, si según la *lex loci contractus* la obligación de entregar al compra-

dor la cosa que se le ha vendido pudiese subsistir como contrato *sui generis* ó como contrato innominado, pues considerando además la nulidad de la transferencia del dominio, podría, no obstante, admitirse que la obligación contractual tuviera el valor jurídico como obligación *sui generis*, con arreglo á la *lex loci contractus* bajo la que ésta llega á hacerse perfecta.

Estos principios podrían tener su aplicación en la hipótesis, por ejemplo, de que pudiera subsistir el contrato como promesa de venta y dar lugar á una acción por reparación del daño.

1.050. Supongamos, por ejemplo, que el vendedor haya enajenado la cosa perteneciente á un tercero. Indudablemente, cualquiera que sea la disposición de la ley contractual, el tercero propietario no podría sufrir disminución alguna en su derecho de dominio, sino de conformidad con cuanto dispone la *lex rei sitae*. Pero si teniendo en cuenta el carácter y naturaleza del convenio con arreglo á la *lex loci contractus*, pudiera éste considerarse como un contrato innominado, por virtud del cual el vendedor deba considerarse obligado, no ya á transferir al comprador la propiedad de la cosa perteneciente al tercero, sino á hacerle propietario de ella, después que aquél hubiere conseguido la propiedad de ésta, en este caso subsistiría su obligación jurídica con arreglo á la ley contractual, y no obstante la imposibilidad de cumplir la obligación contra la voluntad del tercero, la contraída por el vendedor podría subsistir, sin embargo, y dar lugar al resarcimiento del daño.

Para resolver cualquier cuestión que surja en esta materia conviene distinguir bien todo lo concerniente al derecho real de dominio de lo que respecta á la obligación personal y á la *actio ex empto*. La validez y nulidad del primero, teniendo en cuenta las condiciones jurídicas de la cosa y, como diremos más adelante, para lo concerniente también á las condiciones requeridas para su subsistencia y eficacia, debe regirse por la *lex rei sitae*; la obligación personal, por el contrario, y la *actio ex empto*, por la *lex loci contractus*.

Manteniendo, pues, nuestro principio, esto es, que conviene resolver, según la *lex rei sitae*, si la cosa puede ser transferida, cedida ó vendida, diremos, sin embargo, que siempre conviene

referirse á la *lex loci contractus* para decidir si el convenio, teniendo en cuenta su naturaleza, las circunstancias y la intención de las partes, puede tener un valor jurídico *sui generis*, y para determinar la naturaleza y extensión de la misma obligación, esto es, si puede ésta reputarse como una obligación de hacer, cuándo tiene los requisitos para dar lugar á una acción por resarcimiento de los daños y en qué condiciones debe admitirse esto, etc.

1.051. Con arreglo á estos principios debe resolverse la cuestión acerca de la validez de la venta de los billetes de loterías extranjeras. Las leyes de ciertos Estados disponen que los valores bajo la forma de obligaciones de lotería no pueden ser negociados sino cuando el Gobierno lo haya autorizado. Hay que incluir, pues, tales valores en la categoría de los que según la ley pueden ser declarados fuera del comercio, y no puede ponerse en duda que, cuando la venta de los mismos tenga lugar en un país donde esté prohibida según la ley, debe tenerse por nulo dicho negocio jurídico. Esta es la justa consecuencia del principio, en virtud del cual debe admitirse la absoluta autoridad de la ley territorial para determinar las cosas que están en el comercio ó fuera de él. No podría darse el caso de atenerse á las disposiciones de la ley del propietario del billete de lotería, porque no se trata en verdad de una cuestión de capacidad para poder referirse al estatuto personal, sino de la condición jurídica de las cosas que pueden ser objeto de la venta, y debe seguramente excluirse la autoridad de la ley territorial respecto de esta materia (1).

La cuestión más controvertida á este propósito es la suscitada entre juristas y discutida ante los Tribunales sobre si el contrato relativo á los billetes de loterías extranjeras, celebrado en un país donde no esté prohibido por la ley, puede dar lugar á una acción judicial en otro país donde la ley prohíba la venta

(1) Véase Tribunal de la Seine 18 de Junio de 1885 (Sirey, 1886, 2, 165); Poitiers, 12 de Noviembre de 1886; Donai, 6 Agosto de 1883; Clunet, *Journal*, 1884, pág. 190; París, 25 de Marzo de 1870; Dalloz, 70, 2, 165; Vincent, *Revue pratique du Droit international privé, voz Loterie*.

de los mencionados billetes (1). El Tribunal real de París declaró que no podía ejercitarse ante los Tribunales franceses la acción para obtener el pago de un billete de lotería extranjera, aunque el negocio se hubiese hecho en un país donde no estaba prohibido según la ley (2). Por el contrario, el Tribunal de Nueva York consideró que la acción intentada allí (donde está también prohibida la venta de los billetes de lotería) á fin de obtener el pago de un billete comprado en Kentucky (donde está permitida la venta) podía ejercitarse válidamente; y, sin distinguir si la obligación debía cumplirse en Nueva York ó en Kentucky, se reputó competente para condenar á la parte al cumplimiento (3). Wharton refiere otras decisiones que confirman la misma regla (4).

No es este el lugar en que debemos examinar á fondo esta cuestión de la competencia y admisibilidad de la acción judicial; haremos notar solamente que de cualquier modo que quiera resolverse la cuestión de la validez de la venta y la de la acción judicial para obtener el cumplimiento del contrato, cuando el vendedor acude al Tribunal con el solo fin de obtener el pago del precio de un billete de lotería vendido por él, el Magistrado podrá admitir la acción y condenar al deudor. En ese caso debería aplicarse la misma regla que ha dado Huber á propósito de la venta de una cosa fuera de comercio, efectuada y cumplida en un Estado en que esté prohibida, cuando el vendedor se presente al Tribunal, no ya para sostener la validez de la venta ni tampoco para obtener la ejecución forzosa de la misma, sino solamente para solicitar el pago del precio. *Si clam*, dice el mencionado escritor, *fuerunt venditæ merces in loco ubi prohibitæ*

(1) París 25 de Junio de 1829 (Sirey, 1820, II, 351); Bruselas, 19 de Julio de 1890; Tribunal del Imp. Alem. 15 de Noviembre de 1883; *Journal du Droit international privé*, p. 325. Confr. la 1.^a edición de la presente obra, 1869, § 282; Laurent, *Droit civil international*, tomo VIII, § 113; Massé, *Droit commercial*, núm. 570; Vincent, loc. cit., passim; Weiss, *Droit international privé*, 2.^a edición, pág. 171.

(2) 25 de Junio de 1829 citado.

(3) Story, *Conflict of laws*, § 258.

(4) Wharton, *Conflict of laws*, § 487 y siguientes y sus llamadas.

sunt, emptio venditio non valebit ab initio nec parit actionem quocumque loco instituat, utique ad traditionem agendam, sed si traditione facta pretium solvere nollet emptor, non tam contractu quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet (1).

1.052. Puede ocurrir que la imposibilidad en la cual se halla el vendedor de transmitir el dominio de la cosa vendida, sea consecuencia de un hecho posterior, lo cual sucedería si en el tiempo transcurrido entre la venta y la entrega de la cosa fuese ésta declarada fuera de comercio según la *lex rei sitae*, hallándose antes en el comercio, ó si la Hacienda, por razón de utilidad pública, expropiase la cosa vendida, ó si la cosa pereciere en todo ó en parte. Todo esto podría influir en el cumplimiento del contrato y en la eficacia de la venta en cuanto tiende ésta á transferir la propiedad, y habría que atenerse á la *lex rei sitae* para afirmar la subsistencia del hecho jurídico sobrevenido y la imposibilidad de transmitir el dominio; mas para decidir luego acerca de las relaciones contractuales y las obligaciones personales contraídas por las partes, habría que atenerse siempre á la *lex loci contractus* y decidir con arreglo á ésta todo lo que pueda referirse á las obligaciones personales y á la *actio ex empto*. Toda controversia deberá siempre examinarse teniendo en cuenta las reglas que estableceremos para determinar la autoridad de la ley por la que debe regirse el contenido de la obligación y aquélla por la que debe regirse su cumplimiento, y apreciar cómo una y otra pueden influir luego para regular las consecuencias del contrato en caso de incumplimiento.

1.053. Respecto del contenido de las obligaciones debe considerarse, en general, que todo ha de depender de la *lex loci contractus*, y esto en virtud del principio general de que, cuando dos personas contratan bajo el imperio de una determinada ley, debe admitirse que éstas, por acuerdo tácito, quieren atenerse á la misma en todo lo que no hayan declarado expresamente. *Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur*

(1) Huber, *De conflictu legum*, libro I, tít. III, § 5.º

quod actum est. Unde si non appareat quod actum est, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est frequentatur (1).

En cambio, respecto de todo lo concerniente al cumplimiento del contrato, es decir, al *id quod in obligatione est*, convendrá atenerse á la ley del lugar donde deba considerarse convenida la prestación de la cosa debida, esto es, á la *lex rei sitae*, y ésta deberá también regular todos los efectos que puedan seguirse de la forma de realización de la venta.

Aplicando estos dos principios debe deducirse que hay que resolver según la *lex loci contractus*, si la venta debe reputarse simple ó condicionada; si al contado ó á crédito; si en masa ó al peso, número y medida ó con pacto de anterior ensayo; si es perfecta ó bajo condición suspensiva; acerca de todo derecho que pueda corresponder al comprador para exigir del vendedor el cumplimiento del contrato ó el resarcimiento del daño emergente y del lucro cesante, y acerca de la obligación contraída por el deudor de entregar la cosa ó de reparar el daño. En cambio, para lo que respecta al modo de hacer la entrega habrá que referirse á la ley del lugar en que la cosa se halle.

Para aclarar mejor la aplicación de dichos principios convendrá examinar, en particular, las cuestiones que pueden surgir siempre que ocurra determinar la autoridad de la *lex loci contractus* y de la *lex rei sitae* para valuar las obligaciones del vendedor y las del comprador.

§ 2.º

De la ley que debe regular las obligaciones del vendedor.

1.054. Se examina la cuestión del contenido de las obligaciones respecto del vendedor.—**1.055.** Cómo debe distinguirse el contenido de las obligaciones en las relaciones personales con el comprador y respecto de los derechos sobre la cosa que haya formado el objeto de la venta.—**1.056.** Deben aplicarse los mismos principios en el caso de venta de cosas muebles.—**1.057.** Ley reguladora de la entrega.—**1.058.** De la ley que debe regular la entrega por parte del vendedor.—**1.059.**

(1) L. 55, Dig., *De reg. jur.*

Diversos puntos de vista desde los cuales puede considerarse el hecho de la entrega, y determinación de la ley que debe regularla.—1.060. Si puede obligarse al vendedor á efectuar la entrega.—1.061. Del aplazamiento.—1.062. De la interpelación por la mora.—1.063. De la imposibilidad de entregar la cosa.—1.064. De las cosas accesorias respecto de las que puede admitirse la obligación de entregar.—1.065. Cómo debe determinarse la cantidad de la cosa vendida.—1.066. De los gastos ocasionados por la entrega.—1.067. Cómo puede la cuestión del riesgo influir en la decisión sobre quién debe soportar los gastos de transporte.—1.068. Obligación de la garantía impuesta al vendedor.—1.069. Autoridad de la *lex loci contractus* y de la *lex rei sitae* en caso de evicción.—1.070. De la ley que debe determinar la naturaleza de la acción de garantía y término para ejercitarla.—1.071. De la influencia que puede ejercer la *lex rei sitae* respecto de la obligación de garantía.—1.072. De la garantía relativa á los vicios y defectos ocultos de la cosa.

1.054. La primera dificultad que puede surgir respecto del contenido sustancial de las obligaciones del vendedor puede depender del diferente modo de entender el objeto propio del contrato de compraventa. En el sistema legislativo que considera la inmediata transmisión de la propiedad como objeto sustancial de este contrato, ha podido entenderse que la obligación directa del vendedor debe consistir en transferir la propiedad de la cosa vendida al comprador, y por consiguiente, adquiere éste de derecho la propiedad de la cosa comprada en el momento en que se han convenido sobre la cosa y sobre el precio, aunque no se haya efectuado la entrega de la cosa ni se haya pagado su precio. Este es el principio sancionado en el sistema del Código civil italiano, en el art. 1.448, que está conforme con el art. 1.583 del Código civil francés (a).

Por el contrario, en el otro sistema que no considera esencial para la venta la transmisión del *jus in re* (teniendo por indispensable para esto la entrega, con la que únicamente puede efectuarse la transmisión de la propiedad) puede consistir la obligación del vendedor en la prestación de la cosa vendida mediante la entrega de ésta, y ha podido admitirse, por tanto, que la

(a) La misma doctrina que los Códigos citados, establece también el español en el art. 1.450.

esencia de la obligación del mismo debía consistir en la entrega de la cosa ó en el pago de los daños, y que el derecho del comprador debía consistir en obligar al vendedor á entregar la cosa, á cederle el derecho de propiedad ó en pagarle los daños. Así, pues, en este segundo sistema, el contenido de la obligación sería *jus ad rem*, y la venta, por consiguiente, un contrato por virtud del que nacen relaciones meramente personales de obligación entre las dos partes contratantes.

Dicho esto, dada la hipótesis de que se haga el contrato en un país y se halle la cosa bajo el imperio de otra ley, sólo para lo que concierne al contenido de las obligaciones respecto de las personales entre las partes, deberá llevarse á cabo cuanto dispone la ley contractual; pero, por el contrario, para lo que concierne á la subsistencia del derecho real, habrá que referirse exclusivamente á la *lex rei sitae*, y, por tanto, con arreglo á ésta deberá resolverse si la entrega es ó no esencial para la transmisión de la propiedad de la cosa existente en el territorio en el que esta ley impera.

1.055. Suponiendo, pues, por ejemplo, que la venta se haya hecho en Italia, no podría llegar nunca el caso de sostener que el comprador, por virtud de la ley contractual, hubiera podido adquirir de derecho la propiedad respecto del vendedor en el momento en que se conviene con el mismo acerca de la cosa y del precio, y que por consiguiente en virtud de dicha ley deberá tenerse la cosa por pasada á su dominio, aunque ésta se halle, por ejemplo, en el territorio austriaco, donde por virtud del artículo 1.053 del Código civil, no pudiendo efectuarse la adquisición de la propiedad sino mediante la entrega de la cosa vendida, se considera ésta como del dominio del vendedor mientras no haya sido entregada.

Todo lo concerniente á los modos generales de adquisición de los derechos reales, debe, en principio, regirse exclusivamente por la ley territorial; ahora bien, así como el Código civil austriaco en los arts. 425 y 1.053 dispone que ni la propiedad ni los derechos reales pueden adquirirse de otro modo que mediante la entrega, así también se invocaría en vano la ley contractual en oposición á la *lex rei sitae*.

Si por el contrario se tratase de decidir si la cosa comprada debe quedar por cuenta y riesgo del adquirente ó del vendedor hasta el momento en que el contrato venga á ser perfecto, y aunque no se hubiese efectuado la entrega de la cosa vendida, con razón podría el vendedor atenerse á la ley italiana, en el supuesto de que se hubiere efectuado la venta en Italia, para lograr que se resolviera con arreglo á la *lex loci contractus* la cuestión del riesgo, cuando nada se haya pactado expresamente en el mismo contrato ó cuando, por las circunstancias, no pueda determinarse la intención de las partes de que deba quedar la cosa por cuenta y riesgo del vendedor.

Nos basta, en efecto, observar que la cuestión concerniente á la cuenta y riesgo de la cosa vendida, está en la esfera de la autonomía de las partes contratantes, que expresamente pueden convenir en que la cosa quede por cuenta y riesgo del vendedor hasta el momento de la entrega, ó por cuenta y riesgo del adquirente desde el momento en que se convienen acerca de la cosa y del precio; pero si nada se hubiere pactado respecto de esto, y si las circunstancias no pudieran hacer decidir en una ú otra forma la cuestión del riesgo, tratándose del contenido del contrato en las relaciones meramente personales de obligación entre las dos partes contratantes, con razón podría invocarse la aplicación de cuanto dispone la ley italiana en el artículo 1.125 (1), deduciendo de ella que la cosa debe permanecer por cuenta y riesgo del adquirente aunque ésta se halle en territorio austriaco. En este caso no se trataría de la transmisión del dominio, sino de las relaciones personales de la obligación, y la ley bajo la que ésta se perfecciona debería mirarse siempre como elemento integrante del contenido de la obligación misma por causa de la libre sumisión de las partes.

Conviene, por tanto, considerar que en principio el contenido de la obligación del vendedor debe regirse por la ley contractual únicamente para todo lo que se refiere á las relaciones meramente personales de la obligación entre él y el comprador, y que, en cambio, para lo que concierne á la transmisión de la propie-

(1) Confr. art. 1.138 del Código civil francés.

dad de la cosa debe regirse por la *lex rei sitae*. Que por consiguiente, cuando en el lugar en que la cosa se halle, sancione la ley el principio de Derecho romano: *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur* (1), el comprador, aunque la ley del contrato disponga otra cosa, sólo tendrá una acción personal contra el vendedor y sus herederos, la *actio ex empto*. *Ex iis praediis quae mercata es, si aliqua a venditore obligata, et nec dum tibi tradita sunt: ex empto actione consequeris ut ea a creditore liberentur* (2).

Podrá, por tanto, pedir que el vendedor le entregue la cosa ó que le resarza de los daños é intereses (3).

1.056. El principio que hemos expuesto debe aplicarse, ya se trate de cosas inmuebles, ya de cosas muebles. Estas también deben reputarse sujetas al imperio de la *lex rei sitae*, siempre que se hallen en un sitio fijo. Por consiguiente, si con arreglo á ésta se reputase esencial la entrega para la transmisión de la propiedad de las cosas muebles, éstas siempre deberán considerarse en el dominio del vendedor, hasta el momento en que se efectúe la entrega, y con razón podrían ser secuestradas por un acreedor del mismo, no obstante haberse enajenado dichas cosas en el extranjero, donde según la ley no fuera necesaria la entrega para la transmisión de la propiedad. Lo mismo sucedería también en la hipótesis de que el propietario estuviere personalmente sujeto á la *lex loci contractus*. No valdría en verdad aducir, en contrario, que así como las cosas muebles por ficción de derecho se consideran siempre situadas en el domicilio del propietario, *à quo legem situmque accipiunt*, la transmisión de la propiedad de las mismas debe regirse por la ley personal del propietario, y que, por consiguiente, debe considerarse válida la transmisión cuando según la ley personal de éste no se requiera la entrega.

Hemos indicado ya cómo debe entenderse el antiguo adagio

(1) L. 20, Cód. *De pactis*, II, 3.

(2) L. 5.º, Cód. *De evict.*, VIII, 45.

(3) *Actio empti non praetium continent tantum sed omne quod interest emptoris*. (L. 44, Dig. *in fine*, XIX, 1).

mobilia ossibus personae inhaerent; mobilia non habent sequelam, y hemos demostrado que esto puede servir únicamente en la hipótesis de que las cosas muebles no estén en un lugar dado y como tales sujetas á la *lex rei sitae*, pero que no puede excluir el imperio de la ley territorial sobre las cosas muebles localizadas.

Supongamos, por ejemplo, que un italiano haya vendido en Italia á otro italiano todas sus mercaderías existentes en sus establecimientos de Nueva Orleans. El comprador seguramente no podría sostener que, en virtud de la ley italiana (que en este caso es la ley bajo la que se obligaron las partes y á la que está personalmente sujeto el propietario), hayan pasado las cosas á su dominio de conformidad con cuanto dispone la referida ley. Siendo indispensable, según la ley de la Luisiana, la entrega para la transmisión de la propiedad de las cosas muebles, en vano invocaría el comprador la ley italiana para sostener que las cosas pasaron inmediatamente á su dominio.

Debiendo reputarse, por consiguiente, dichas cosas en el dominio del vendedor, hasta el momento en que se efectúe la entrega, un acreedor del mismo podría alegar sobre las susodichas cosas cualquier derecho que tenga sobre los bienes que forman parte del patrimonio de su deudor, y en esta hipótesis en vano invocaría el comprador la regla *mobilia non habent sequelam* para sostener que, debiendo considerarse dichas cosas muebles sujetas á la ley personal del propietario, deben reputarse en el dominio de su comprador de conformidad con cuanto dispone la ley italiana y no en el del vendedor, por haber dejado éstas de formar parte del patrimonio de este último en virtud de la venta hecha por él y llegada á ser perfecta. Siempre está en contra la más justa regla de que las cosas muebles localizadas están sujetas á la ley territorial y que en vano invocaría su propietario la propia ley personal en oposición á la *lex rei sitae*.

Suponiendo, por el contrario, que el propietario haya vendido dichas mercancías mientras éstas estaban en camino de Nueva Orleans, en ese caso, podía sostener el comprador con razón haberse hecho propietario, de conformidad con cuanto dispone la ley italiana. En efecto, la mercancía que viaja por mar, no puede mirarse como si estuviese en el territorio del Estado á que sea

destinada, antes de que llegue al punto de su destino, y antes de que pueda estar sujeta á la ley que en él impera. En este caso, podría tener aplicación el principio *mobilia ossibus personae inhaerent*, porque verdaderamente la mercancía que viaja no puede reputarse que se halla en el territorio de ningún Estado, sino que hay que considerarla como estando en el domicilio del propietario, por donde si éste, endosando la póliza de cargamento, podía transferir la propiedad de la mercancía, de derecho tendría adquirida el comprador, y este derecho suyo no podría luego ser invalidado por el motivo de la falta de entrega, sólo porque llegase el buque á un puerto en el que según la ley sea reputada necesaria la tradición para transferir el dominio de las cosas muebles.

1.057. Resulta, pues, claro que los modos por los cuales puede hacerse la entrega de las cosas muebles y de las inmuebles deben regirse por la *lex rei sitae*, que ha de aplicarse exclusivamente para resolver si y cuándo pueden ciertos actos ser equivalentes á la entrega y cuáles son los elementos que la constituyen legalmente.

1.058. Vamos á ocuparnos ahora de la entrega de la cosa considerada en sí misma y que constituye el elemento principal de las obligaciones del vendedor en todo sistema de leyes, aunque, como ya hemos dicho, no produzca ésta los mismos efectos respecto de la transmisión de la propiedad. En otros términos, examinaremos la entrega en su concepto general, es decir, como acto mediante el cual el vendedor ejecuta la obligación contraída en la venta, esto es, la de poner al comprador en posesión de la cosa vendida y de garantizar la cosa misma.

Esa obligación se deriva de la naturaleza misma del contrato de venta, la admiten uniformemente todas las leyes, y no puede haber lugar á duda acerca del valor jurídico de la obligación en sí misma considerada. Las controversias acerca de esto, en la hipótesis de que pueda el contrato de venta caer bajo el imperio de leyes de países distintos, nacen respecto del modo de hacer la entrega y de las consecuencias que pueden derivarse de la mora; y además respecto de los derechos que pueda tener el comprador para obligar al vendedor á efectuar la entrega, de

las excepciones que puede oponer el vendedor y de las acciones posesorias que podría ejercitar para la defensa de sus legítimos intereses.

1.059. Cuando se haya celebrado el contrato de venta en un país y deba efectuarse la entrega de la cosa vendida en otro diferente, conviene analizar el hecho jurídico de la entrega y distinguir bien los dos puntos de vista bajo los cuales puede ser considerado. Puede considerarse, en efecto, con relación á la obligación que nace del contrato de compra y venta y cuyo cumplimiento representa y puede ser mirado como un hecho subsistente por sí mismo, que representa el *onus conventionis*, es decir, el cumplimiento. Así, pues, la relación de la entrega con una ú otra ley debe determinarse teniendo en cuenta uno ú otro punto de vista bajo el cual pueda aquélla considerarse.

Considerando, en principio, que todo lo que concierne á la naturaleza y entidad de la obligación recíproca que se deriva de la venta, debe regirse por la *lex loci contractus*, síguese que, para decidir acerca de cualquier derecho que pueda tener el comprador en correspondencia de la obligación contraída por el vendedor, debe aplicarse la ley contractual.

Del mismo modo debe determinarse con arreglo á ésta qué cosa debe tenerse por comprendida, y qué otra por excluida en la obligación de entregar; cuál es la cantidad de la cosa que debe ser entregada, y cuáles las consecuencias que pueden derivarse de las variaciones de la cantidad expresada en el contrato; cómo y cuándo el exceso ó falta de la cosa que el vendedor se obliga á entregar puede hacer surgir el derecho de rescindir el contrato ó sólo el de obtener un suplemento de precio, etc.

Asimismo habrá que referirse á la ley del contrato para determinar la divisibilidad ó indivisibilidad de la cosa que debe ser entregada, cómo debe hacerse la entrega de la cosa divisible vendida á varios compradores, y cómo en el caso de venta *in solidum*, etc.

Todo esto se refiere á la entrega como hecho jurídico en relación al objeto de la obligación contraída por el vendedor y debe regirse por la *lex loci contractus*, pues á ella incumbe determinar el contenido de la obligación y la extensión de la misma,

aunque los actos idóneos para cumplirla deban efectuarse bajo el imperio de otras leyes.

En cambio, la entrega considerada como *onus conventionis*, esto es, en cuanto hecho subsistente por sí mismo y ejecución ó complemento del contrato, debe regirse por la ley vigente en el lugar en que aquélla se efectúe ó deba efectuarse. Decimos esto en virtud del principio general de que: *Ea quae ad complementum vel executionem contractus spectant, vel absolute eo superveniunt, solere a statuto loci dirigi, in quo per agenda est solutio* (1). En virtud de este principio hay que admitir, no sólo que debe aplicarse la *lex loci solutionis* para determinar cómo y con qué formalidades debe efectuarse la entrega, sino también para decidir si el comprador puede exigir y obtener la entrega obligada de la cosa, ó ser autorizado para tomar posesión de ella por la fuerza, cuando todavía subsista el objeto y no haya pasado á propiedad de terceros.

1.060. Dado además que con arreglo á la *lex loci contractus* pueda tener el comprador el derecho de obligar al vendedor á cumplir en forma específica, cuando por falta de entrega no prefiera mejor ejercitar sólo la acción para obtener el *id quod interest*, no por eso podría utilizar ese derecho, si con arreglo á la ley del lugar donde la cosa deba entregarse, se admitiese la regla *nemo cogi potest ad traditionem*. La razón es ésta: que para despojar por la fuerza al vendedor que se niega á entregar la cosa sería precisa la autorización del Magistrado, y éste ciertamente no podría aplicar una ley extranjera para permitir al comprador que despoje al vendedor, si se tratare de una cosa mueble, ó para expulsarle de la finca, si se tratare de una cosa inmueble. Opondríase á esto el interés público y la regla general por virtud de la que todo lo concerniente á los actos coercitivos y á la adquisición de la posesión, debe estar bajo el imperio exclusivo de la *lex rei sitae*. Siempre podría el comprador referirse á la ley contractual para todas las consecuencias que de ella se deriven y con arreglo á ella pedir cualquiera compensación por el daño que pudiera experimentar, pero no

(1) Burgundus, *Tract.*, 4, núm. 29.

podría nunca invocar dicha ley para obtener el cumplimiento coactivo de la obligación del vendedor.

1.061. En virtud del mismo principio conviene admitir además que, si con arreglo á la *lex loci executionis*, se concediese que el Magistrado otorgase al vendedor una breve prórroga para efectuar la entrega de la cosa vendida, el comprador debe someterse á cuanto dispone la ley, aunque sea distinta la ley bajo la que se haya celebrado la venta, y aunque ésta sancione la regla de que deba considerarse resuelta la venta de pleno derecho por falta de entrega de la cosa en el tiempo establecido, cuando no se haya convenido una prórroga. El vendedor podría siempre rechazar la acción resolutoria invocando la sentencia del Magistrado territorial, que en lo de conceder un plazo para la entrega, tendría autoridad decisiva respecto del modo de ejecución de la venta.

Por otra parte, conviene notar con este motivo que, si según la *lex loci contractus* pudiera el vendedor obtener del Juez un plazo equitativo para la entrega, debiendo reputarse esta ventaja como un elemento del contenido de la obligación, no podría ser privado de ella, si la *lex rei sitae* dispusiere otra cosa. Decimos esto, porque no puede verse ninguna ofensa al orden público territorial en la hipótesis de que invoquen las partes la ley extranjera, á fin de precisar la extensión de la obligación recíproca contraída bajo el imperio de ésta y que el vendedor pida en virtud de la misma un plazo equitativo aduciendo que es un derecho contractual adquirido por él según la *lex loci contractus*.

1.062. Debe, por el contrario, aplicarse la *lex rei sitae* para decidir si la interpelación al vendedor debe reputarse exigida para constituirle en mora, y en qué forma debe hacerse ésta para que tenga un valor jurídico; y así, por ejemplo, si puede bastar una carta ó, por el contrario, debe reputarse indispensable el acto formal para establecer la mora. Decimos esto, porque la intimación al vendedor corresponde al modo de ejecución, por lo que no podría invocarse la máxima *dies interpellat pro homine* sancionada por la *lex loci contractus* en la hipótesis de que, según la *lex rei sitae*, la espiración del plazo no pudiera ser

suficiente para constituir legalmente en mora al vendedor.

1.063. Deberá, además, decidirse, de conformidad con la misma ley, si el vendedor, dada la hipótesis de que en virtud del contrato pueda ser obligado á responder, no obstante la fuerza mayor ó el caso fortuito, podrá invocar el haber sobrevenido fuerza mayor como una imposibilidad de hecho concerniente á la entrega, para que se excuse (1), y si la imposibilidad de entregar la cosa vendida debe mirarse como consecuencia de su hecho (2), según la regla dada por Voet. *Hinc ratione effectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus in quem destinata est solutio id quoad modum, mensuram usuras, negligentiam, etc., et moram post contractum initum accedentem, referendum est* (3).

Debemos repetir que en todo lo relativo á la entrega y á la

(1) La fuerza mayor exonera en principio al vendedor por el retraso que haya en la entrega de la cosa vendida. Pero conviene, para que un suceso pueda considerarse como una fuerza mayor, valuar todas las circunstancias á fin de decidir si puede ó no colocarse en el número de los obstáculos absolutamente invencibles é inevitables. Esta valuación debe hacerse con el justo criterio fundado en las circunstancias del hecho, teniendo en cuenta el lugar donde el suceso, causa del retraso, se haya verificado, y todo debe dejarse á la ilustrada y prudente apreciación del Magistrado. La jurisprudencia ha considerado que la huelga de los operarios empleados en una industria no puede ser asimilada al caso de fuerza mayor bastante á eximir al deudor del cumplimiento de sus obligaciones, y que, por consiguiente, no podía eximirse al vendedor de la obligación de resarcir el daño al comprador á quien no haya podido entregar la cantidad de mercancía vendida á causa de la huelga de los operarios, y esto, por tal acontecimiento, no puede considerarse como un obstáculo absolutamente invencible é inevitable, mientras la reanudación de los trabajos depende en sustancia de la aquiescencia de los patronos á las exigencias de los operarios huelguistas. (Véase en este sentido las sentencias del Tribunal de apelación de Caen, 25 de Agosto de 1875, *Gaz. des Tribun.* de 15 de Octubre de 1875; Nantes, 13 de Marzo de 1875, *Juris. cour.*, 1875, pág. 237.)

(2) Confr. Cass. fr. 4 de Enero de 1882 (*France judic.*, 1881-82, página 787).

(3) Voet P., *De statut.*, § 9.º, cap. II, pág. 270. Confr. Burdeos, 3 de Junio de 1872; Dutruc, *Dictionnaire du contentieux commercial*, voz *Vente*, núm. 241.

falta de ésta en el tiempo pactado, conviene siempre distinguir los dos puntos de vista bajo los cuales puede considerarse este hecho jurídico. Así, para decidir, por ejemplo, si el vendedor es responsable de la culpa lata ó de la leve ó solamente de dolo; si el comprador, por falta de la entrega, tiene el derecho de proporcionarse los objetos adquiridos y de exigir al vendedor el reembolso de la diferencia entre el precio convenido y el pagado por el adquirido, y para todo lo concerniente á sus acciones para obtener el *id quod interest*, todo esto debe depender de la *lex loci contractus*; pero, por el contrario, lo concerniente á hacer constar la falta de la entrega y las formalidades requeridas para establecer el retraso y también para la *estimatio rei debita*, todo esto debe regirse por la *lex rei sitae*.

1.064. En lo que se refiere á las cosas accesorias, que pueden ser consideradas como comprendidas ó excluidas de la venta, observamos que, así como la cantidad estipulada en el contrato de venta debe considerarse como elemento del objeto de la obligación, del mismo modo debe regirse por la ley bajo la cual se obligaron las partes. Por otra parte, conviene tener en cuenta acerca de esto, ante todo la voluntad expresa de los contratantes y además su intención deducida del contexto del mismo acto y de los fines que aquéllas se propusieron conseguir. Las dudas acerca de esto no podrían surgir sobre los accesorios indispensables al destino de la cosa vendida ni sobre los que estén destinados al uso y disfrute actual de ésta, sino sobre ciertos accesorios extrínsecos, y en la hipótesis de que estos puedan reputarse incluidos y excluidos según los usos y costumbres, y que sea de otro modo según la *lex loci contractus* y la *lex loci solutionis*. Así, por ejemplo, puede surgir la duda de si deben reputarse vendidos con la finca los animales afectos al cultivo, los instrumentos rurales y las llamadas guías muertas, *sterquilinum et strumenta* y todo lo que haya puesto el propietario en las fincas y en los establecimientos vendidos, para el cultivo y servicio de los mismos.

Parécenos que, así como todo debe depender de la intención de las partes, así no puede darse el caso de sostener con el rigor de los principios el predominio de la *lex loci contractus* ó de la

lex rei sitae, y cuando no se pueda deducir por las circunstancias la intención, creemos que siempre debe interpretarse el contrato en favor del comprador y en contra del vendedor, según las reglas de los juristas romanos (1). Cuando un propietario haya enajenado un establecimiento ó un predio sin reserva alguna, debe entenderse que ha querido enajenar también todos los accesorios que por relación de servicio ó por las costumbres puedan reputarse comprendidos según la *lex rei sitae*, y no puede invocar la *lex loci contractus* para excluir alguno de dichos objetos accesorios, pues correspondía al vendedor hacer las oportunas reservas si quería faltar á las costumbres locales y excluir dichos objetos.

1.065. Debe además aplicarse la *lex loci contractus* para determinar la obligación del vendedor respecto de la entrega de la cosa en la cantidad estipulada en el contrato, cuando surja la disputa sobre si debe reputarse la venta hecha por objetos ó en conjunto, ó por peso ó medida, y se trate de establecer acerca de esto la intención de las partes que sean súbditos de países diferentes; pero si, considerando que la venta de un fundo situado en país extranjero se hubiese hecho por medida, surgiere cualquiera duda acerca de la extensión de terreno correspondiente á la medida indicada (suponiendo que sea ésta diferente en el lugar de la estipulación de la del lugar *rei sitae*), parécenos más fundada la opinión de los que, considerando que el medir la cosa es un acto distinto de la venta, sostienen que debe medirse la cosa, no según la medida corriente en el lugar del contrato, sino en el de la *rei sitae*. Aceptamos esta opinión, porque nos parece que el medir debe considerarse más bien como un modo de ejecución y, por tanto, que las partes han debido poner naturalmente su atención en el modo como se practicaba en el lugar en que la cosa vendida debía ser entregada y medida; salvo siempre, dicho se está, que las circunstancias puedan influir para hacer que se admita una regla distinta.

Esta opinión es aceptada también por Savigny (2) y tiene

(1) L. 39, *De pactis* (II, 14); L. 21, 33, *De contr. emt.* (XVIII, 1); L. 172 pr. *De reg. jur.* (L. 17).

(2) Savigny, *Tratado de Derecho romano*, vol. VIII, § 374.

en su apoyo otros juristas antiguos. *Si res immobiles*, dice Voet, *ad certam mensuram debeantur, et ea pro locorum diversitate varia sit, in dubio solvi debent juxta mensuram loci in quo sitae sunt* (1). Y Molineo: *Stantibus mensuris diversis, si fundus venditur ad mensuram, vel affirmatur, vel mensuratur, non continuo debet inspicere mensura quae viget in loco contractus, sed in dubio debet attendi mensura loci in quo fundus debet metiri et tradi et executio fieri* (2).

Esta regla deberá tener la más exacta aplicación si se tratare de venta de cosas muebles, respecto de las cuales la medida, como acto de ejecución, deba regirse por la ley del lugar en que hayan de entregarse las mercancías. Hemos dicho, sin embargo, que suele haber circunstancias que pueden sugerir que se dé la preferencia á una regla diferente. Suponiendo, por ejemplo, que las partes, aunque súbditos de países distintos, hayan estipulado el contrato de venta en el país en que ambos estaban domiciliados, dado además que sea distinta la medida indicada según el lugar de la estipulación, el de la situación ó el de la entrega de la cosa, con todo eso habría que presumir que habían empleado el lenguaje que les era más familiar, y que habían querido designar la medida corriente en el país de su domicilio, más bien que la del lugar de la situación ó entrega de la cosa vendida. Se puede suponer además que sólo una de las partes esté domiciliada en el lugar de la estipulación del contrato y que de buena fe haya empleado el lenguaje que le era más familiar, cuando en esta hipótesis pueda deducirse por las circunstancias que la otra parte no podía ignorar la medida corriente en el lugar de la estipulación, y que, si era adecuada la indicación expresada en la lengua de aquel país, debía también preferirse la *lex loci contractus*, de conformidad con la regla de Derecho romano *quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire* (3).

(1) Voet, *De statutis*, lib. XLVI, tít. III, núm. 8; Boullenois, *Obs.*, 46; Chopin, *Opera de feudis*, t. II, lib. II, tít. III, núm. 10; Burge, *Comment.*, parte segunda, cap. IX.

(2) Molineo, *Com. ad Cod.*, L. 1, tít. I, lib. I, t. III, cond. *De statut.*

(3) L. 31 Dig., *De aedilit. aedict.* (XXI, 1).

1.066. Los gastos que puedan originarse para la entrega de la cosa vendida, deben ponerse, por regla general, á cargo del vendedor, puesto que son concernientes al cumplimiento de la obligación contraída por el mismo. Mas para los que puedan referirse á los gastos de transporte no puede decirse igualmente que, por regla general, deban ponerse á cargo del vendedor ó del comprador, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias para decidir acerca de esto. Así, pues, cuando nada se haya expresamente establecido y no pueda deducirse por las circunstancias la presunta intención de las partes, convendrá atenderse á lo que dispone la ley bajo la que se efectuó la venta. Suponiendo, por tanto, que se haya celebrado el contrato en Italia, habría que considerar que sólo los gastos de la entrega deben ponerse á cargo del vendedor y que los de transporte deben, por el contrario, estar á cargo del comprador, y esto en virtud de lo que dispone el artículo 1.467 del Código civil italiano que expresamente sanciona dicha regla; y lo mismo sería si se hubiere efectuado la venta en Francia, donde se halla sancionada idéntica regla en el artículo 1.608 del Código civil. Faltando la estipulación expresa no podría sostenerse, en efecto, que los gastos de transporte puedan ponerse también á cargo del vendedor, considerándolos como elemento de la ejecución. Habiendo demostrado nosotros que el contenido de la obligación debe regirse por la *lex loci contractus* y expuesto que, con arreglo al Código civil italiano, se transmite y se adquiere la propiedad de la cosa vendida por efecto del consentimiento legítimamente manifestado y que la cosa queda á riesgo y peligro del adquirente, aunque no se haya seguido la entrega (artículo 1.125) (1), debe deducirse que los gastos efectuados para embalar las mercancías y transportarlas del lugar en que se hallaban al tiempo de la venta al en que al comprador le place tenerlas, deben considerarse hechos en interés del mismo y no pueden mirarse como consecuencia de la obligación del vendedor. En todo caso debe valer la regla de los juristas romanos: *semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur quod actum*

(1) Confr. art. 1.138 del Código civil francés.

est. Unde si non appareat quod actum est consequens erit ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur (1), y admitir con, arreglo á este principio, que hay que referirse á la *lex loci contractus*.

Es indudable que pueden ponerse á cargo del vendedor todos los gastos necesarios para efectuar la entrega y, por tanto, los de la factura y la póliza de cargamento, pudiendo considerar tales actos como equivalentes á la entrega real ó simbólica y también los del peso y medida, siendo los mencionados actos indispensables para efectuar aquélla. En la duda acerca de la extensión de estos gastos de ejecución, convendrá atenerse á los usos y costumbres del lugar donde deba efectuarse el cumplimiento de la obligación del vendedor, y esto en virtud de los principios generales que en los contratos deben tenerse por añadidas las cláusulas que son usuales y que para la entrega debe considerarse que las partes han querido referirse á las reglas, usos y costumbres vigentes en el lugar en que el vendedor deba cumplir su obligación. Esto debería decirse, por ejemplo, de los gastos de descarga y para discernir cuáles de éstos deben quedar á cargo del que haya de correr con los gastos de transporte, y cuáles á cargo del que deba correr con los de la entrega. Puede, por ejemplo, surgir la duda de si el transporte quedará consumado depositando las mercancías en los almacenes ó si habrá que transportarlas hasta el lugar donde deba hacerse la entrega, y habrá que atenerse á los usos y costumbres del lugar para resolver la duda acerca de la obligación de tales gastos.

1.062. Todo lo que hasta aquí hemos dicho respecto de los gastos de transporte y de entrega, lo hemos sostenido fundándonos en el concepto de que, según la *lex loci contractus*, las cosas vendidas podrán considerarse por cuenta y riesgo del comprador, y conviene examinar atentamente esa cuestión del riesgo para decidir, á falta de pactos expresos, la controversia relativa á quién debe soportar los gastos de transporte. Por esto debería llegarse á conclusiones enteramente diferentes, si en virtud de la ley contractual ó de la intención de las partes, expresa ó

(1) L. 53, Dig., *De regul juris*.

deducida de las circunstancias, pudiera sostenerse que las cosas vendidas debieran correr á cargo del vendedor. Así, en el mismo sistema del Código civil italiano, cuando se trata de mercancías no vendidas en conjunto, sino á peso, número ó medida, las cosas vendidas corren por cuenta y riesgo del vendedor mientras no estén pesadas, contadas ó medidas (1). En esta hipótesis, como el cumplimiento de la obligación del vendedor y perfección del contrato vendrían á verificarse en el lugar en que las mercancías deban ser pesadas, contadas ó medidas, habría que considerar el transporte de las mismas como elemento del cumplimiento de la obligación contraída por el vendedor, y por consiguiente, deben correr á cargo del mismo.

Para resolver, por tanto, cualquiera controversia, conviene distinguir cuidadosamente lo que puede mirarse como elemento del cumplimiento de la obligación, de lo que no puede reputarse tal. Todo el que contrae una obligación debe hacer todo lo que es indispensable para el cumplimiento de la misma y soportar los gastos necesarios para ello; por lo que deberá tenerse por regla fija que los gastos del pago son de cuenta del deudor.

Sentado esto, tratándose, como hemos dicho, de mercancías vendidas á peso, número ó medida, y suponiendo que dichas mercancías se hallen en Italia y deban entregarse en país extranjero, como con arreglo al mismo Código civil italiano, art. 1.450, dicha venta no sería perfecta, p. r cuanto que las cosas vendidas correrían por cuenta y riesgo del vendedor, mientras no sean pesadas, contadas ó medidas, habiendo contraído éste la obligación de hacer su entrega en país extranjero, deberían de correr á su cargo todos los gastos necesarios para el cumplimiento de esta obligación suya, y, por tanto, no sólo los de transporte, sino también los que pudieran ocurrir para transferir la mercancía y entregarla; y deberían ser comprendidos hasta los derechos de aduana, siendo éstos necesarios también para el cumplimiento de la obligación contraída por él de hacer la entrega en el país del comprador.

Mas si las mercancías se hubieren vendido en conjunto sin

(1) Confr. art. 1.585 del Código civil francés.

tener en cuenta el peso, número ó medida, y, fijado su precio, se hubiere acordado luego que para determinar la cantidad de éste se tendría en cuenta el peso ó medida de las mercancías vendidas, en esta hipótesis deberían correr á cargo del vendedor sólo los gastos para medir ó pesar, y todos los demás á cargo del comprador, por haber venido á ser propietario de la mercancía y quedado ésta por su cuenta y riesgo desde el momento en que se celebró la venta.

1.068. La obligación que se impone al vendedor de garantizar al comprador, tiene dos objetos: se refiere el primero á la pacífica posesión de la cosa vendida; el segundo á la aptitud de la cosa para el uso completo á que está destinada, y á que tiene que estar exenta de vicios ó defectos ocultos. La garantía relativa al primer extremo concierne á su responsabilidad en caso de evicción; la segunda se denomina generalmente garantía por los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida.

Puede decirse, en general, que la garantía se deriva de la naturaleza de la misma obligación, puesto que quien contrae un deber, está obligado bajo su propia responsabilidad á asegurar su cumplimiento. Por otra parte, las leyes determinan la obligación de garantía proveniente de la venta y la regulan con reglas especiales; y así como las partes pueden aumentar ó disminuir con pactos particulares dicha obligación, y acordar además que el vendedor no deba estar obligado á ello en modo alguno, así debe también admitirse acerca de esto la autonomía de los contratantes, y sólo cuando éstos no hayan estipulado expresamente nada acerca de ello, puede surgir la duda de si las reglas reguladoras deben deducirse de la ley bajo la que contrataron ó de la ley del lugar donde se halle la cosa vendida. Esta cuestión habrá de resolverse teniendo en cuenta las intenciones de las mismas partes, pues en verdad, las disposiciones legislativas que se refieren á la garantía en caso de evicción, no pueden considerarse como formando parte del estatuto real ni del personal para sostener que uno ú otro deba ser aplicado con preferencia, por lo que hay que referirse á la presunta intención y resolver toda controversia con arreglo á los principios generales que deben regir las relaciones contractuales.

1.069. Ahora bien, para determinar cuál deba ser en esta materia la autoridad de la *lex loci contractus* y la de la *lex rei sitae*, conviene notar que la evicción puede considerarse como una cuestión meramente de hecho; cuando ésta se considere como una circunstancia exterior de la que proviene la falta de pacífica posesión y que puede mirarse como una cuestión de derecho para lo concerniente á la obligación, que puede ó no subsistir por parte del vendedor, de resarcir al comprador, los daños que este pueda experimentar en virtud de las demandas jurídicas que perturben la pacífica posesión de la cosa por él adquirida.

La autoridad de la *lex rei sitae* puede admitirse para todo lo concerniente á la evicción bajo el primer aspecto; debe, por el contrario, reconocerse la autoridad de la *lex loci contractus* para todo lo que la concierne bajo el segundo. Hay que decidir, en efecto, según la ley del lugar donde esté la cosa, si hay ó no verdadera perturbación jurídica; si el comprador había hecho cuanto legalmente podía y debía hacer para precaver la perturbación y defender su pacífica posesión; si aquélla proviene de una causa anterior á la venta ó de una causa posterior ó por hecho voluntario de parte del propio comprador.

Supongamos, por ejemplo, que el comprador sufra la evicción de parte de un acreedor hipotecario del vendedor que hubiere inscrito su título de esta clase de crédito después de la venta y antes que dicho comprador hubiere transcrito la escritura de compra, de conformidad con la *lex rei sitae*. En esta hipótesis, así como el comprador está obligado á cumplir cuanto dispone la ley territorial para establecer la adquisición de dominio respecto de terceros, así también es claro que, para decidir si aquél había hecho ó no todo lo que debía acerca de esto y si puede mirarse la evicción como un hecho jurídico proveniente de causa anterior ó posterior á la venta, y si la responsabilidad debe recaer en el vendedor ó en el comprador como consecuencia de la voluntaria omisión de su parte, todo esto deberá resolverse ateniéndose á la *lex rei sitae* (1).

Sólo cuando se haya resuelto la mencionada cuestión de

(1) Véase el párrafo siguiente.

hecho podrá volverse la atención á la resolución de la otra, esto es, á la de si el vendedor está ó no obligado á dar garantía, y cómo y en qué condiciones debe estar sujeto al resarcimiento del daño. Toda cuestión acerca de esto deberá ser resuelta ateniéndose á la *lex loci contractus*, y siempre por el principal motivo de que todo lo relativo al contenido de la obligación proveniente de la venta debe regirse por la ley del lugar donde las partes celebraron el contrato; por lo que según ella debe resolverse respecto de la obligación de garantía, de su extensión y sus efectos. *Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet* (1). Por consiguiente, deberá resolverse con arreglo á dicha ley si la obligación de garantía debe considerarse existente de pleno derecho; si puede establecerse alguna diferencia cuando el vendedor ó el comprador vayan de buena ó de mala fe; si debe ó no extenderse á cualquiera forma de privación del pleno goce; si puede subsistir también respecto de las servidumbres de que el fundo vendido esté gravado y que no hayan sido expresamente declaradas en el contrato; si la existencia de tales servidumbres no declaradas hace nacer la obligación de la indemnización ó el derecho por parte del comprador para pedir la rescisión de la venta; si el derecho del comprador debe consistir en pedir la restitución del precio ó el resarcimiento del daño y si este derecho suyo puede sufrir alguna modificación en la hipótesis de que haya adquirido de mala fe, etc.

1.030. Deberá aplicarse además la *lex loci contractus* para resolver acerca de la naturaleza de la acción que tiene el comprador y el plazo para ejercitarla. Así, por ejemplo, suponiendo que fuesen varios los vendedores, ó que fuesen varios los herederos del único vendedor, deberá resolverse según la ley contractual acerca de la divisibilidad ó indivisibilidad de la acción del comprador, si éste tiene derecho á entablar su acción contra uno ó si debe entablarla contra todos, y en qué proporciones pueden los herederos estar obligados á la garantía de la cosa eviccionada y á la restitución del precio y resarcimiento

(1) L. 6, Dig., *De evictione*, XXI, 2.

del daño. La naturaleza de la acción se une, en efecto, con el contenido de la obligación, y entendemos que lo mismo puede decirse del término fijado por la ley para ejercitar útilmente la acción para garantía.

Hay, en efecto, quien opina que el término útil de la acción debe depender de la ley del lugar en que ésta se ejercite, y así piensa Laurent (1); pero en esto disintimos del eminente juriconsulto por la consideración de que, así como la ley del lugar donde se haya hecho valer el derecho no podría ser decisiva en cuanto á la esencia del mismo y á su extensión, tampoco debería serlo en cuanto á los términos para ejercitar la acción. Tanto vale el derecho que tiene el acreedor como su acción para obligar al deudor, y considerando que el derecho del comprador á poseer pacíficamente la cosa y á tenerla sin ocultos defectos debe ser determinado, en lo concerniente al contenido esencial y á sus efectos, por la *lex loci contractus*, cuando por las circunstancias no puede deducirse que los contrayentes se hayan referido á una ley distinta, nos parece claro que el plazo para ejercitar útilmente la acción debe ser determinado con arreglo á la misma ley, por formar éste también parte de los elementos esenciales del contrato. La del lugar en que se ejercite la acción, sólo puede regular las formas del procedimiento y las consecuencias jurídicas de los actos de procedimiento en él incoados.

Hasta en la hipótesis de que las partes contratantes, en virtud de su autonomía, hubieren determinado con pactos expresos la obligación de la garantía, extendiéndola ó eliminándola del todo, sería preciso atenerse también á la *lex loci contractus* para determinar el valor y naturaleza de tales pactos y la extensión de los mismos. Así deberá decidirse, por ejemplo, si en virtud de los pactos convenidos puede considerarse la misma venta como aleatoria ó como una venta simple sin obligación de garantía, y mirándola como tal, si el pacto por el que se haya eximido al vendedor de la obligación de garantía puede entenderse en el sentido de eximirle también en el caso de que la perturbación proviniese de su culpa.

(1) *Droit civil international*, § 154 in fine.

1.071. En la hipótesis que hemos sentado de la evicción sufrida por falta de la transcripción de conformidad con la *lex rei sitae*, dado que al vendedor, libre ya de la obligación de garantía, pudiera, no obstante, imponérsele dicha obligación en virtud de la *lex loci contractus* siempre que la perturbación provenga de su propia culpa, seguiríase que, cuando éste mismo hubiere enajenado la finca á uno y posteriormente la hubiese enajenado á otro, el cual hubiera transcrito la escritura de adquisición antes que el primer adquirente, subsistiría la responsabilidad del vendedor por virtud de la ley contractual, aunque se haya pactado que en modo alguno debía ser obligado á prestar garantía. Subsistiría, porque la evicción procedería de la mala fe de parte del que, aprovechando la circunstancia de no haber transcrito con solícito y precipitado cuidado la escritura de adquisición, enajenaba á otro la cosa ya enajenada. Lo mismo debería decirse en la hipótesis de la evicción de parte de un acreedor hipotecario del vendedor, que hubiere inscrito la hipoteca antes de la transcripción de la escritura de compra, cuando haya sido este mismo vendedor el que haya constituido la hipoteca sobre el fundo vendido antes que haya transcrito el comprador la escritura de adquisición. Lo que antes hemos dicho podría tener aplicación en la hipótesis de hipoteca legal ó de hipoteca judicial inscrita sobre el fundo enajenado antes de la transcripción de la escritura de adquisición, porque ésta no procedería de la culpa del enajenante por hecho realizado de mala fe por él mismo después de la venta.

Creemos conveniente advertir que, cuando ocurra el caso de la obligación de garantir, siempre debe aplicarse la *lex rei sitae* para resolver de hecho si el comprador ha sufrido la privación total ó la parcial solamente, para estimar la pérdida que hubiere sufrido y para evaluar el *id quod interest*.

Debemos advertir, además, que cuando se hayan hecho gastos en la cosa comprada, ya para la conservación de la misma, ya para mejorarla, podrá el comprador invocar la *lex rei sitae* para obtener el reembolso de tales gastos; y decimos esto, porque tratándose de hechos posteriores al contrato, deben regularse por la ley vigente en el lugar donde se efectuaron para todas las consecuencias jurídicas que de ellos puedan derivarse.

1.072. La garantía relativa á los vicios y defectos ocultos de la cosa vendida debe regirse por los mismos principios hasta aquí expuestos, en atención á la analogía que existe entre los dos objetos á que se refiere la obligación de la garantía que, teniendo en cuenta su naturaleza esencial, forma parte del contenido de la obligación contractual, y debe sujetarse á las mismas reglas, cuando se refiera al uno ó al otro de los dos objetos relativos á esta materia, y no hay necesidad de más explicaciones.

§ 3.º

De la ley que debe regular las obligaciones del comprador.

1.073. Cómo debe determinarse el lugar en que el comprador debe pagar el precio.—**1.074.** Cómo pueden resolverse las dudas al determinar el lugar en que debe juzgarse ejecutado el contrato.—**1.075.** De la ley que debe regular la mora.—**1.076.** De la obligación de abonar los intereses por la falta de pago.—**1.077.** De la ley por la que debe determinarse la moneda para efectuar el pago.—**1.078.** Del aplazamiento y suspensión de pago.

1.073. Vamos á examinar ahora las obligaciones del comprador. La principal de éstas consiste en pagar el precio en el día y lugar determinado en el contrato de venta.

Conviene, por otra parte, notar que así como tal obligación no surge sino cuando el vendedor haya entregado la cosa, y así como debe efectuarse el pago, por regla general, en el momento y en el lugar en que se efectúa la entrega por parte del vendedor, así pueden también surgir dudas respecto del lugar en que el comprador deba cumplir sus obligaciones.

Cuando no sea uniforme la ley del comprador y la del vendedor respecto del lugar de pago y se trate de venta al contado, no podrá pretender el comprador pagar el precio en su domicilio, de conformidad con su propia ley personal, sino que deberá someterse á todo lo que acerca de esto disponga la *lex loci con-*

tractus (1). Por consiguiente, si según esta ley estuviere sancionada la regla que se halla en tales Códigos (2), esto es, que el comprador debe pagar en el lugar y tiempo en que deba hacerse la entrega de la cosa vendida, allí estará obligado á efectuar el pago.

Alguna duda puede surgir también en la hipótesis de que el lugar en que debe hacerse la entrega no esté expresamente determinado en el mismo contrato y se quiera determinarlo según las circunstancias y tácita intención de las partes. Las principales dificultades, respecto de esto, pueden nacer en el caso de mercancías vendidas en un país para ser remitidas á disposición del comprador residente en país extranjero. Puede, en efecto, sostenerse que cuando el vendedor ha entregado las mercancías á quien deba transportarlas á su destino por los medios ordinarios de transporte, ha cumplido su obligación de hacer la entrega y que tiene el derecho de exigir que se le pague el precio allí donde él entregó las mercancías al porteador con destino al comprador y, por tanto, considerar la recepción de las mercancías como una ulterior consecuencia de la entrega ya efectuada y perfecta.

Por otra parte, considerando la cosa bajo distinto punto de vista, puede sostenerse que el envío de la mercancía por medio del porteador puede ser considerado como un hecho preparatorio de la entrega, que no puede tenerse por cumplida sino cuando la mercancía llegue al domicilio del comprador á quien vaya destinada y se le entregue, y, considerando la cosa de este modo, puede reputarse que el lugar de la entrega es aquél donde se halla el comprador y á donde va destinada y es recibida la mercancía.

En principio puede sostenerse que, cuando se haya prometido la entrega de una cosa mueble, así como no puede pedirse sino en el lugar donde la cosa se halle, así también debe considerarse efectuada allí la entrega (3). Debe admitirse, sin embargo,

(1) Confr. Trib. de Amsterdam, 31 Marzo 1874; Clunet, *Journal*, 1876, pág. 157 y referencias.

(2) Artículo 1.550 Cód. civ. neerlandés; 1.651 Cód. francés; 1.508 Código italiano; 1.500 Cód. español, y 1.062 Código austriaco.

(3) L. 12, § 1, Dig., *Depositum* (XVI, 3).

que las circunstancias podrían hacer prevalecer una regla diferente, por lo que conviene fijarse atentamente en todas las circunstancias para determinar el lugar de la entrega, y no conviene establecer reglas generales y aplicables á toda cosa, por lo que nos limitamos á exponer lo que puede contribuir á evitar las dudas.

1.074. Una de las cosas á que hay principalmente que atender, es á la circunstancia del riesgo, esto es, á si en virtud de las relaciones contractuales debe viajar la mercancía á riesgo del comprador ó á riesgo del vendedor. Otra cosa hay también que tener en cuenta y es la obligación de soportar los gastos. El Tribunal de apelación de Turín (1) fundó en dicha circunstancia su fallo, y consideró que cuando, según los términos del contrato, se haya obligado el vendedor á hacer la remesa franca á la estación de partida, debe considerarse como punto del cumplimiento del contrato aquél desde el cual fué remitida la mercancía, y el mismo principio vemos de igual modo aceptado por el Tribunal de apelación de Génova.

Es también una circunstancia que puede contribuir para resolver esta cuestión, siempre sutil é intrincada, del lugar del cumplimiento del contrato deducido de las circunstancias, el pacto de garantizar en peso y calidad la mercancía expedida á otro país. Se puede sostener, en efecto, que así como sólo puede ser reconocida y comprobada la mercancía en el país de su destino, tampoco puede reputarse entregada, si no ha sido reconocida y verificada, y que esta circunstancia debe ser decisiva para que se tenga por pactada la entrega en el punto de destino, porque allí pueden surgir las cuestiones sobre la identidad y calidad de la mercancía (2).

Puede aducirse, no obstante, con razón, que tratándose de la venta de cosas muebles existentes en un país en que, según la ley, á falta de convenio en contrario, debe hacerse la entrega en

(1) 22 de Mayo de 1866 (Bersanino). *Caveri*, 6, 2, 60; 22 de Junio de 1861 (Taddei Garibaldi). *Caveri*, 6, 2, 129. Véase en sentido contrario: Torino, 10 de Enero de 1866 (Mordant). *Caveri*, 6, 2, 6.

(2) Confr. Nápoles, 6 Diciembre 1866 (Faraud). (*Bettini*, 1866, 1, 878).

el punto en que estaba la cosa en el momento de la venta, se origine en virtud del contrato una relación jurídica entre los contrayentes, esto es, que la cosa deba recibirla el comprador en el lugar en que estaba al hacerse la venta y que no pueda obligarse al vendedor á remitirla (1); por lo que, tratándose de cosa cierta y determinada individualmente y debiendo considerarse la entrega como pactada, por virtud del acuerdo tácito, en el lugar donde se hallaba la cosa al celebrarse el contrato, deberá reputarse cumplida en el momento en que el vendedor efectúe la expedición por los medios que se le habían indicado ó por el elegido oportunamente por él á falta de indicación (2); que la obligación contraída de garantizar la mercancía no puede influir en nada, porque al comprador incumbe siempre el derecho de reconocer la mercancía y de ejercitar sus acciones por falta de peso y el defecto de calidad de la misma; pero, que esto es la consecuencia de la obligación de garantía á que está sujeto el vendedor y que no puede hacer imperfecta la entrega ya efectuada y cumplida.

El Tribunal de apelación de Ancona tuvo en cuenta este principio en su sentencia de 23 de Enero de 1871 á propósito de la venta de una máquina, y admite que la entrega de ésta debía entenderse efectuada y cumplida donde estaba, no obstante la obligación contraída por el vendedor de colocarla y reparar los defectos para el funcionamiento de la misma, pues tal obligación debía considerarse como un pacto de mera garantía (3).

El Tribunal de casación de Nápoles, por el contrario, en la causa entre la Sociedad *Escher Wyss y C.^a*, de Zurich, y el señor *Courrier*, también con motivo de la venta de una máquina, no obstante que en las facturas impresas de la Sociedad estuviese escrito: «Todos los objetos se entienden tomados en fá-

(1) Confr. Cas. Turín, 30 de Junio de 1881, Sala-Ditta *Smvek* (*Monitore Trib. Mil.*, 1881, 1089; Luca, 27 de Diciembre de 1874 (*Jobst-Silvestro Ann.* IX, 2, 71).

(2) Bolonia, 17 de Diciembre de 1877, *Schoffer c. Torri* (*Riv. Bolognese*, 12).

(3) Ancona, 23 de Enero de 1871, *Baver Amantini*. De Marchi (*Anales V*, 2, 209).

brica», considera, sin embargo, que la entrega de la máquina debía reputarse pactada en Nápoles y no en Zurich, deduciendo esto de las particulares circunstancias del contrato, é interpretó la factura de la Sociedad en el sentido de querer regular los gastos de embalaje, transporte y armadura de la máquina, y de poner tales gastos á cargo del comitente (1).

Teniendo en cuenta todo esto, decimos que la cuestión del lugar de la entrega, cuando faltan pactos expresos, es de por sí misma complicada y compleja, y como debe depender de la ilustrada apreciación del Magistrado, no pueden establecerse reglas aplicables á todos los casos y á los usos para resolverla de una ú otra manera, y conviene, sobre todo, considerarlo atentamente, porque, determinado el lugar de la entrega, éste influye en el cumplimiento del contrato y puede influir además en la competencia, y para determinar también el lugar del pago y las consecuencias que pueden derivarse de la falta de pago por la mora y para establecer la razón de los intereses moratorios. Siendo, en efecto, distinta la razón legal de los intereses según las leyes de los diferentes países, puede ser importante en caso de mora determinar el lugar en el que deba ser pagado el precio, porque la razón del interés debido por falta de pago debe ser determinada teniendo en cuenta el lugar en que éste deba efectuarse.

1.075. Deberá establecerse además, según la *lex loci solutionis*, si para constituir en mora al comprador por el pago del precio debe reputarse necesario el requerimiento de parte del vendedor. La *lex loci contractus* no puede ejercer influencia alguna acerca de esto, porque todo lo concerniente al cumplimiento de la obligación y los procedimientos propios para obligar al deudor, y las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del incumplimiento, debe regirse por la ley del lugar en que deba efectuarse el pago; por lo que deberá decidirse con arreglo á la misma si basta la espiración del plazo para constituir en mora al deudor ó si es necesario el requerimiento legal. Por

(1) Sentencia de 17 de Julio de 1885, *Dita Escher Wyss y C.^a contra Courrier*.

consiguiente, si se tratase de una venta celebrada en Italia y debiera pagarse el precio en Francia, y no se hubiere establecido nada en el contrato para excluir la necesidad del requerimiento de pago, no podrá constituirse en mora al comprador por el mero vencimiento del plazo con arreglo al artículo 1.223 del Código civil italiano, sino que, por el contrario, habría que atenerse á lo que dispone el artículo 1.139 del Código civil francés (a), y, por tanto, el comprador no estaría obligado al pago del interés del precio de la venta hasta el día del pago del capital, sino cuando ha sido notificado el requerimiento de pago, y no correrán los intereses sino desde el día del requerimiento, con arreglo á lo que dispone acerca de esto el artículo 1.625 del Código francés.

1.076. Del mismo modo deberá resolverse también con arreglo á la *lex loci solutionis* si al comprador constituido en mora para el pago del precio puede obligársele á pagar, no sólo los intereses al tanto legal fijado según la ley del lugar en que con arreglo al contrato deba efectuarse el pago, sino también el de los intereses de los intereses vencidos y, por tanto, si debería admitirse que aquél está ya obligado á ello en virtud del artículo 1.232 del Código civil italiano, cuando de las particulares circunstancias del contrato de venta pueda deducirse que el comprador está obligado á efectuar el pago en Italia (b).

La *lex loci contractus* podría, con razón, invocarse para decidir sobre si, á falta de convenio especial, el comprador, aunque no esté en mora, debe pagar los intereses hasta el día del pago del precio. Decimos esto, porque la cuestión propuesta sería concerniente á la extensión de la obligación contraída por el comprador en el contrato y formaría parte de las relaciones contractuales y del contenido de la obligación. Por consiguiente,

(a) El art. 1.100 del Código civil español concuerda con el francés, si bien expresando que la intimación al pago podrá hacerse judicial ó extrajudicialmente. Son, pues, aplicables á España las indicaciones que respecto de Francia hace Mr. Fiore.

(b) Concuerda esta disposición del Código civil italiano con el 1.109 del español, si bien aquél hace algunas aclaraciones que omite el nuestro.

te, si la venta se hubiere celebrado en Italia y nada hubieren dispuesto las partes acerca de la obligación de los intereses, estaría obligado, no obstante, á pagarlos el comprador en el caso previsto en el art. 1.509 del Código civil, que impone esta obligación á falta de convenio especial, si la cosa vendida y entregada produjese frutos ú otras rentas (a).

1.077. Acerca de las monedas en que debe pagarse el precio convenido, pueden surgir algunas dificultades al determinar el importe del precio convenido entre las partes, en la hipótesis de que el valor de la cosa haya sido expresado en moneda y de que el valor real de la moneda sea distinto en el lugar en que las partes contrataron del en que deba efectuarse el pago.

Toullier propone el caso de un alemán que había vendido á un holandés un establecimiento por 2.000 florines, sin determinar si quería hablar del florín corriente en Alemania ó del corriente en Holanda, que tiene un valor diferente, y opina que debe determinarse el valor según la *lex loci contractus*. Esta es también la opinión de Story y de Burge. El primero propone el caso de un terreno sito en Jamaica y vendido en Inglaterra por 20.000 libras, sin especificar el valor corriente de la libra. Siendo del ocho por ciento la diferencia entre la libra inglesa y la corriente en Jamaica, suponiendo el contrato celebrado entre dos ingleses, opina que puede pretender el vendedor que el comprador le pague 20.000 libras, valor corriente en Inglaterra, que corresponde á 28.000 libras, valor corriente en Jamaica. Aceptamos esta opinión en los casos imaginados por Toullier y Story, porque, como todo debe deducirse de la presunta intención de las partes, es más racional admitir que el vendedor expresaba el valor de la cosa en la moneda corriente en el lugar en que contrataba la venta, y con más razón debería admitirse esto en la hipótesis de que los contratantes sean ambos súbditos del país en que estipularon el contrato. Mas si los contratantes fueren ambos extranjeros y hubiesen celebrado el contrato en un país extranjero, y por las circunstancias pudiera inferirse que el pago

(a) Idéntica disposición contiene el Código civil español en su art. 1.501, núm. 2.º

debía efectuarse en el país extranjero donde estuviere la cosa vendida, sería más racional admitir que el precio debía pagarse en moneda con el valor corriente en el punto en que el pago deba efectuarse, y esto porque debería presumirse que á él se habian referido las partes: *Aestimatio rei debitae*, dice Everard. *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus* (1).

1.078. Todo lo que hemos dicho hasta aquí se refiere á la venta celebrada sin pacto de aplazamiento para el pago del precio. Cuando, por el contrario, se haya fijado el aplazamiento, el comprador sólo estará obligado á pagar el precio en su domicilio y convendría aplicar los principios que conciernen al cumplimiento de las obligaciones personales.

En ciertos casos conceden las leyes al comprador la facultad de suspender el pago del precio por nuevos hechos sobrevenidos. Ahora bien, en virtud del principio general de que los efectos jurídicos, que no dependan de una causa inherente á la obligación primitiva, sino de hechos nuevos *ex post facto*, deben ser regulados por la ley del lugar en que nace la nueva causa de que dependen, deberá admitirse que puede el comprador fundar en la *lex rei sitae* el derecho de suspender el pago del precio, cuando haya sobrevenido una de las causas consideradas por dicha ley para que sea autorizada la suspensión.

§ 4.º

De la ley que debe regular la rescisión de la venta.

1.079. De la ley que debe regular la rescisión de la venta por falta de pago.—**1.080.** Autoridad de la ley territorial respecto de los derechos adquiridos por los terceros.—**1.081.** Si deben valer los mismos principios en caso de venta de cosas muebles.—**1.082.** Ley según la que debe determinarse el plazo para ejercer la acción de rescisión.—**1.083.** Aplicación de los principios en los casos de venta condicional.—**1.084.** Cómo pueden ser modificados los principios acerca de la acción rescisi-

(1) Everard, Cousil., 78, núm. 9.

soria cuando los terceros estén interesados en ella.—**1.085.** De la ley que debe regular las consecuencias del rescate respecto de terceros.

1.079. La rescisión de la venta puede ser la consecuencia de una de las causas que, según los principios generales de derecho, pueden hacer que sea anulable y rescindible cualquier convenio, y no procede que de ellas nos ocupemos expresamente, habiendo expuesto en la Parte general los principios según los cuales debe determinarse la autoridad de la ley respecto de las causas de anulabilidad y de rescisión comunes á todos los contratos. En este lugar, debemos ocuparnos solamente de las causas especiales que conciernen á la rescisión de la venta, y señaladamente de las que pueden derivarse de la falta de pago del precio, y de la comprobación de la existencia de la condición resolutoria expresa.

La falta de pago del precio puede colocarse entre las causas de rescisión de la venta en el sistema de leyes que admiten en principio que, en los contratos bilaterales, debe considerarse siempre sobreentendida la condición resolutoria para el caso de que una de las partes no cumpla su obligación (1). Pero no todas las leyes sancionan este principio. Baste recordar, que en el Código sardo había sancionada una regla muy distinta en el artículo 1.661, esto es, que el vendedor de un inmueble no podía pedir la rescisión de la venta por el motivo de que no se le hubiera pagado el precio. Lo mismo se halla dispuesto en el artículo 919 del Código civil austriaco, que no concede el derecho de pedir la rescisión del contrato, sino únicamente el exacto cumplimiento de éste y la indemnización (a).

(1) Véase art. 1.165 Cód. civ. ital.; 1.184 Cód. civ. franc.; 1.302 Código civ. neerland.; 1.124 Cód. civ. esp.

(a) *Aclaración.*—No vaya á entenderse que esta regla es tan absoluta como á primera vista parece, pues esta sería una disposición verdaderamente censurable en un Código moderno. Además de que puede pactarse la condición de resolución por falta de pago, y ha de estarse á las restricciones establecidas por la ley, según terminantemente se expresa en el art. 919 citado en el texto, establece el artículo 1.062 del mismo Código que el vendedor puede retener la

En el sistema de leyes que admiten que no hay transmisión de dominio sino cuando se haya pagado íntegramente el precio, se concede al vendedor que haya hecho la entrega de la cosa reivindicarla de manos del tercero detentador, si no habiendo concedido prórroga para la entrega del precio, no hubiese sido ya pagado íntegramente.

Teniendo, pues, presente esta gran diversidad de sistemas legislativos, puede surgir la duda acerca de la autoridad de la *lex loci contractus* y de la *lex rei sitae* en las controversias relativas á la rescisión de la venta. Considerando ahora que las condiciones expresas de rescisión de un contrato pueden establecerse á voluntad de las partes estando éstas en la esfera de su autonomía y que en los contratos deben tenerse por expresamente pactadas las cláusulas sancionadas por la ley á la que las mismas partes se hayan sometido libremente, cuando no la hayan derogado por declaración expresa, debe deducirse que la venta estipulada bajo el imperio de una ley que mire como sobreentendida en los contratos bilaterales la condición resolutive para el caso en que una de las partes no cumpla con su obligación, debe considerarse sujeta á la rescisión para el caso de falta de pago, siempre que sea diferente la *lex rei sitae*. Si, por el contrario, con arreglo á la *lex loci contractus*, á falta de pacto formal

cosa en su poder, esto es, no hacer la entrega de la misma mientras el comprador no le abone el precio (salvo pacto en contrario) y consignando en el artículo siguiente (1.063), que cuando el comprador nada consigne en lo relativo á la entrega del precio se entenderá que ha vendido la cosa á crédito.

En cuanto al Código italiano, tampoco la resolución del contrato es *ipso jure*, sino que habrá de exigirse previa y judicialmente el pago y hasta parece que autoriza al Juez para conceder un nuevo plazo al comprador para que cumpla la obligación contraída y abone los daños y perjuicios ocasionados.

Aun más explícito es el Código español, pues no sólo concede la resolución del contrato *ipso jure* en el caso de falta de toda estipulación, sino que, aun cuando se haya estipulado dicha resolución, habrá de mediar el requerimiento judicial ó por acta notarial; pero hecho este requerimiento no podrá concederse nuevo plazo (artículo 1.504).

sólo pudiera ejercitar el vendedor no pagado la acción para obtener el pago del precio y sin alegar el derecho de promover la rescisión de la venta, no podría invocar la *lex rei sitae*, si ésta concediere al vendedor la elección, cuando no se le satisfaga el precio en el término convenido para pedir el pago ó la rescisión del contrato. En efecto, la ley del lugar en que se halle la cosa no podría ejercer influencia alguna para determinar las obligaciones principales del vendedor y del comprador, la naturaleza de las relaciones contractuales ni las condiciones de nulidad y rescisión de la venta, porque todo esto debe regirse enteramente por la *lex loci contractus*.

1.080. Pero juzgamos oportuno advertir, que cualquiera que pueda ser el derecho del vendedor no pagado, de provocar en virtud de la *lex loci contractus* la rescisión de la venta ó de reivindicar el fundo enajenado, no podría ciertamente ejercitar dicho derecho en perjuicio de los adquiridos por terceros sobre los inmuebles vendidos, sino que siempre debería reconocer respecto de este punto la autoridad de la *lex rei sitae*; y decimos esto porque los derechos adquiridos por los terceros sobre la cosa existente en el territorio de un Estado, deben ser regidos y amparados con arreglo á la ley territorial. Toda ley que regule la adquisición y conservación de los derechos adquiridos por los terceros sobre las cosas existentes en el territorio, debe siempre tener autoridad *erga omnes* y no se puede faltar á ella en virtud de lo que disponga una ley extranjera.

Supongamos, para aclarar nuestro pensamiento, que la cosa inmueble vendida se halle en Italia y que el contrato de venta se haya celebrado bajo el imperio de una ley que atribuya al vendedor no pagado el derecho de reivindicar la cosa, ó el de pedir de pleno derecho la rescisión de la venta. No podría el vendedor invocar la ley contractual para ejercitar una ú otra acción en Italia sin ajustarse á lo que dispone acerca de esto el Código civil italiano en el art. 1.511 (a). Nuestro legislador sanciona también en principio, en el art. 1.565, que la condición

(1) En el fondo contiene idéntica disposición el art. 1.504 del Código civil español.

resolutiva debe considerarse siempre sobreentendida en los contratos bilaterales; pero ha establecido una importante innovación respecto de la venta de inmuebles, disponiendo en el mencionado art. 1.511 que en la venta de inmuebles la condición resolutive expresa ó tácita, que se verifica por el incumplimiento de las obligaciones del comprador, no perjudica á los terceros que hayan adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad á la transcripción de la demanda de rescisión. Por tanto, en vano invocaría el vendedor la ley contractual para faltar á la *lex rei sitae*, que en lo que tiende á amparar los intereses de los terceros, debe tener autoridad territorial, pues tiene fuerza imperativa *erga omnes*. Habría, por consiguiente, que atenderse en esta hipótesis á la ley italiana, y excluir la aplicación de la ley extranjera en todos aquellos casos en que la rescisión de la venta, aunque admisible según la *lex loci contractus*, pueda perjudicar los derechos de los terceros que se hallen en las condiciones examinadas en el Código civil italiano y que con arreglo á éste debieran ser amparados.

Conviene, pues, distinguir en esta cuestión de la rescisión de la venta lo concerniente á los derechos, acciones y excepciones correspondientes á las partes contratantes en sus relaciones personales y contractuales de lo que puede referirse á los derechos reales adquiridos por terceros sobre la cosa. La *lex loci contractus* debe aplicarse siempre únicamente para resolver la cuestión bajo el primer aspecto. Así, por ejemplo, para decidir sobre si la acción para rescindir la venta puede ser ó no divisible; por quién puede ser ejercitada; para decidir sobre si el vendedor no satisfecho tiene además el derecho del resarcimiento de los daños como reparación del perjuicio que le hubiere ocasionado el incumplimiento del contrato, y para decidir además, en principio, sobre cualquiera cuestión acerca del máximo y mínimo del daño debido. Así, suponiendo que con arreglo á la ley contractual estuviese dispuesto que el importe del daño en caso de incumplimiento de las obligaciones del comprador deba consistir en la diferencia entre el precio convenido en el contrato y el valor de la cosa en el momento de la rescisión de éste, convendría atenderse á dicha regla para determinar

el derecho á la indemnización y referirse luego á la *lex rei sitae* sólo para los procedimientos prescritos por ésta para hacer la estimación de la cosa y determinar el valor en el momento de la rescisión del contrato.

Mas en lo concerniente á la demanda para la rescisión de la venta relativa á todas las consecuencias respecto de los terceros, convendría atenderse á la *lex rei sitae*. Dado, por tanto, que se halle situado en Italia el inmueble, el vendedor no satisfecho no podría pedir la rescisión de la venta perjudicando los derechos de los acreedores hipotecarios inscritos ó de los terceros que hubieren adquirido derechos reales sobre el inmueble, sino con la condición de que la demanda de rescisión haya sido inscrita en debida forma con arreglo á lo que dispone el artículo 1.933 del Código civil italiano y, por consiguiente, habría que exceptuar cualquier derecho adquirido con anterioridad á la transcripción de la demanda de rescisión.

1.051. Los principios que hemos expuesto deben prevalecer además en casos de venta de cosas muebles: ésta debe regirse también por la *lex loci contractus* en lo concerniente al contenido de la obligación jurídica, pero siempre con la reserva de que las acciones correspondientes al vendedor según la ley contractual no pueden ser ejercitadas por él, cuando las cosas se hallen ó hayan sido transportadas á un país regido por distintas leyes, y los terceros hubieren adquirido algún derecho ó algún privilegio de conformidad con la ley territorial.

Así, por ejemplo, tratándose de la venta de cosas muebles celebrada en Italia, habría que aplicar para resolver la controversia en las relaciones de las partes contratantes, la disposición del art. 1.512 (a) del Código civil italiano, y admitir la rescisión de la venta en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de que haya vencido el término para la entrega de la cosa, no se hubiere presentado para recibirla, ó aunque habiéndose presentado para recibirla no hubiere ofrecido contemporáneamente el precio, cuando no se hubiere convenido una prórroga

(a) El art. 1.505 del Código civil español está tomado del de referencia.

para su pago. Debería admitirse además que, por falta de pago, pudiera reivindicar el vendedor las cosas muebles vendidas, mientras se hallen en posesión del vendedor, ó impedir su reventa, con tal que la demanda para reivindicarla sea propuesta dentro de los quince días de la remesa y se hallen las cosas en el mismo estado en que estaban al tiempo de la entrega.

1.082. En lo relativo al término para ejercitar la acción de rescisión ó reivindicación, nos parece que debe seguirse la misma regla, esto es, que debe determinarse con arreglo á la ley contractual, siempre que no estén interesados en él los terceros. Decimos esto, porque el término prefijado para el ejercicio de un derecho y para la acción forma parte del contenido del mismo derecho. En efecto, tanto vale el mencionado derecho cuanto dura la acción para hacerlo valer, por lo que, uniéndose la duración de la acción con la relación jurídica, es elemento integrante de ésta y debe quedar sujeta á la misma ley del *vinculum juris*.

En la hipótesis que hemos propuesto de la venta de cosas muebles existentes en Italia sin prórroga para el pago del precio, dado que al vendedor no se le haya satisfecho éste y que las cosas vendidas hayan sido transportadas á Francia, opinamos que, cuando los terceros no hayan adquirido algún derecho ó privilegio sobre las mismas, con arreglo al Código civil francés, pueda el vendedor invocar útilmente la ley contractual para reivindicar las cosas muebles vendidas y que estén todavía en poder del comprador, ó impedir su reventa en el término fijado por la ley italiana. El Código francés admite también el derecho de reivindicación, pero con la condición de que se ejercite la acción dentro de los ocho días después de la entrega (art. 3.102 núm. 4); pero nos parece que, tratándose de la cuestión en las relaciones personales entre comprador y vendedor y sin perjuicio de los derechos de los terceros, puede darse el caso de desconocer la autoridad de la ley contractual. Si se tratase, en efecto, del contenido de la obligación jurídica y de los inmediatos efectos entre las partes contratantes, no vemos ningún interés social que someta á la ley francesa la relación jurídica y la duración de la acción, porque el término de la acción es también uno de los elementos integrantes de las relaciones contractuales,

y nos parece más racional que deba quedar sujeto á la *lex loci contractus*, cuando no se perjudiquen los intereses sociales ni los derechos adquiridos por los terceros según la *lex rei sitae*.

1.083. Pueden también hallar su aplicación los principios que hemos expuesto, en la hipótesis de que el contrato de venta se celebre bajo determinada condición expresa. Convendrá, en efecto, atenerse á la *lex loci contractus* para determinar la naturaleza de cualquiera clase particular de condiciones ó de pactos agregados al contrato y lo correspondiente al comprador, en virtud del pacto añadido en el contrato de compraventa, y para decidir acerca del derecho que tiene el vendedor y el correspondiente al comprador, en virtud del pacto añadido, y también de la acción y de las condiciones legales que se requieren para poderla ejercitar. Lo mismo debe decirse del pacto de retroventa, que debe mirarse como una condición resolutive expresa puesta á la venta, por virtud de la que debe entenderse que el vendedor enajena la cosa con la condición de recuperarla de nuevo, restituyendo, dentro de cierto plazo, el precio que se le hubiere pagado. Lo mismo debe decirse de la venta con reserva de mejor postor, que debe considerarse también como celebrada, con la condición, de parte del vendedor, de que presentándose dentro de determinado plazo mejor comprador tiene derecho á preferirlo; y de la celebrada con la condición de la prelación, en virtud de la que es perfecta la enajenación, pero con la condición de que, queriendo el comprador revender la cosa comprada, debe ofrecerla al vendedor, quien, dentro de cierto plazo, puede recobrarla pagando el precio ofrecido por el tercero.

Todas esas condiciones ó pactos añadidos deben regirse por la *lex loci contractus*, aun en todo lo concerniente á los derechos que tienen el comprador y el vendedor, en la hipótesis de que, verificándose la condición, quiera uno ú otro valerse de su derecho para hacer que se declare la rescisión de la venta, para regular el pago de los gastos hechos en el tiempo que media hasta que se verifique la condición, de las utilidades de una y otra parte, de los reembolsos por las mejoras ó deterioros, etcétera. Todas estas cuestiones deben resolverse según la *lex loci contractus*, porque reflejan el contenido de las recíprocas

obligaciones y derechos adquiridos en virtud de la ley contractual. La *lex rei sitae* debe aplicarse, en esta como en cualquiera otra circunstancia, únicamente en aquello que concierne á los procedimientos necesarios para el ejercicio de la acción, y en todas las cuestiones de hecho relativas á las circunstancias que se hayan efectuado en el lugar en que la cosa se halle y que conviene probar, á fin de decidir sobre si se puede ó no tener por verificada la condición y subsistentes los extremos requeridos por la ley contractual para su admisibilidad.

Por consiguiente, para determinar, por ejemplo, si el requisito de la constitución en mora del vendedor de parte del comprador debe considerarse ó no como un elemento de la misma condición resolutive comprendido en el pacto de recompra, hay que atenerse á la *lex loci contractus*, porque concierne al contenido de la obligación condicional; mas para determinar luego si los actos realizados por el comprador pueden ser ó no reputados suficientes para constituir al vendedor en *mora accipiendi*, deberá aplicarse la *lex rei sitae*, y lo mismo para determinar si puede considerarse hecho ó no el ofrecimiento de la cosa vendida.

1.084. Convendrá admitir, además, como ya hemos dicho, que también debe fijarse el término para el ejercicio de la acción resolutoria aplicando la *lex loci contractus*, siempre que se suscite la cuestión en lo que respecta á las relaciones personales del comprador y vendedor y sin que los terceros estén interesados en ello.

El que hubiere contratado la venta bajo el imperio del Código austriaco, con pacto de recompra y sin que en el contrato se haya precisado el período de tiempo para el ejercicio de la acción de rescate, habrá adquirido el derecho de poder recomprar durante su vida natural, en virtud de lo que dispone el artículo 1.070 de dicho Código; ahora bien, como la determinación del tiempo le corresponde en virtud de la ley contractual y no puede considerarse de otro modo que como elemento integrante del contenido de la obligación jurídica, no podría abreviarse, por virtud de lo que en contrario dispusiera la *lex rei sitae*, sin alterar la esencia misma de las relaciones contractuales.

Mas si en tal negocio pudieran los terceros estar interesados,

sería preciso aplicar, por el contrario, la *lex rei sitae*, aun en el caso en que ésta estableciese el término para el ejercicio de la acción de rescate, y esto por el motivo de que toda ley territorial que, á fin de hacer estable el dominio, limite el derecho de reivindicar las cosas ó de recobrarlas, fijando un término para el ejercicio de tales acciones, debe considerarse como una ley de derecho social, en lo que acerca de esto dispone respecto de los terceros interesados. Por consiguiente, en el caso antes expuesto de la venta de un inmueble existente en Italia y celebrada en Austria con pacto de retroventa, no podría el vendedor austriaco pretender ejercitar su derecho contra los terceros adquirentes durante su vida natural, porque se opondría á ello lo que acerca de esto dispone el Código civil italiano en el art. 1.520 (a). Admite, también, nuestro legislador que el vendedor que haya pactado el rescate pueda promover su acción contra los terceros adquirentes, aun cuando en los respectivos contratos no se haya consignado el rescate convenido; pero en el art. 1.516 dispone que el derecho de rescate, cuando se haya estipulado por un tiempo de más de cinco años, se reduce al término antedicho (b). Si se sus

(a) Dice el artículo citado: «El vendedor que haya pactado el retro podrá promover la acción contra los terceros adquirentes, aunque en los respectivos contratos no se haya consignado el rescate convenido».

Análoga disposición contiene el art. 1.510 del Código civil español, si bien es el precepto de éste más amplio y comprensivo, puesto que da derecho al vendedor *contra todo poseedor* que traiga su derecho del comprador; y aunque pone á salvo lo dispuesto por nuestra Ley Hipotecaria respecto de los terceros, y el art. 36 de éste cuerpo legal dice terminantemente que las acciones rescisorias no se dan contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, sin embargo, en el núm. 1.º del art. 37 de la citada ley, establece la excepción respecto de esas acciones cuando se funden ó tengan su origen en causas que consten explícitamente en el Registro. Es, pues, aplicable la regla á nuestro derecho, lo mismo que al italiano.

(b) El Código civil español establece el plazo de cuatro años caso de no pactarse uno determinado; y el período por que se puede pactar lo extiende hasta por diez años (párrafos primero y segundo del artículo 1.508).

citara la cuestión entre comprador y vendedor, no encontramos, en verdad, una razón decisiva para excluir la aplicación de la ley austriaca, aun respecto del período de tiempo para el ejercicio de la acción de rescate, porque el término forma parte integrante de las relaciones contractuales, y, además, no vemos un argumento convincente para sostener que los intereses generales y la organización de la propiedad territorial en Italia pudieran ser lesionados aplicando y respetando la ley del contrato. Mas cuando estén interesados los terceros adquirentes, no podemos admitir que pueda el vendedor ejercitar sus derechos en Italia, de conformidad con una ley extranjera y en perjuicio de éstos, que, adquiriendo derechos sobre la cosa misma, se refirieron, naturalmente, á la ley territorial y los adquirieron bajo el amparo de las disposiciones por ella sancionadas.

1.085. Defendiendo siempre el mismo orden de ideas diremos que, sin dejar de mantener lo que antes hemos expuesto respecto de los derechos del vendedor y del comprador al verificarse la condición resolutive (los cuales deben regirse por la *lex loci contractus*), admitimos, no obstante, que debe aplicarse la *lex rei sitae* en cuanto ésta regula las consecuencias del retracto respecto de los terceros interesados. Así, por ejemplo, regulando el legislador italiano en el art. 1.528 (a) las consecuencias del pacto de rescate respecto del vendedor que haga uso de él, dispone que éste, al entrar de nuevo en posesión del fundo, está obligado á mantener los contratos de arrendamiento hechos sin fraude por el comprador, con tal que estén pactados por un tiempo que no pase de un trienio.

Nos parece evidente que los que hubieren celebrado los arrendamientos bajo las condiciones indicadas en el mencionado artículo, pueden invocar con razón su aplicación, dado que el inmueble se halle en Italia, y que no podría ser un obstáculo para ello el que la *lex loci contractus* no limitase del mismo modo los derechos del vendedor que haga uso del pacto de retroventa.

(a) Lo mismo establece el art. 1.520 del Código civil español, pero nuestro legislador no ha limitado el plazo para este caso determinado.

Pueden también darse otros casos en los que sostendríamos la aplicación de la *lex rei sitae*, y tal nos parece, por ejemplo, el previsto en el art. 1.522 (a) del Código civil italiano. Dice éste: «El comprador con pacto de retro de parte indivisa de un fundo, si se hubiere hecho adjudicatario del predio entero por subasta entre coparticipes provocada contra él, puede obligar al vendedor á retrotraer toda la finca, cuando éste quiera hacer uso del pacto de retro».

Ahora bien, por el principio general de que los efectos de un hecho que no tenga conexión con el convenio ó que no dependa de una causa inherente al negocio jurídico, sino que deba ser considerado como un hecho nuevo *ex post facto*, deben regirse por la ley del lugar en que éste se verifique, deducimos que el hecho de la adjudicación efectuada en Italia en las circunstancias examinadas en el mencionado art. 1.522, debe regirse por la ley italiana como un hecho nuevo que forma parte de las relaciones contractuales.

§ 5.º

De la ley que debe regular la rescisión de la venta.

1.086. Cómo las leyes han regulado de distinto modo la rescisión de la venta por lesión. — **1.087.** Divergencias entre los escritores acerca de la ley por que debe regirse la lesión. — **1.088.** Opinión expresada por nosotros acerca de esto, y observaciones sobre la crítica que de ella ha hecho Laurent. — **1.089.** Cómo se justifica la rescisión de la venta por causa de lesión. — **1.090.** Cómo debe plantearse la cuestión bajo el punto de vista de la ley que debe regir tal causa de rescisión. — **1.091.** Opinión nuestra. — **1.092.** Si puede aplicarse la *lex rei sitae* cuando sea ésta más favorable para el vendedor. — **1.093.** Cómo deben aplicarse los principios en la hipótesis de que los terceros estén interesados en la cuestión de que se trate.

1.086. La rescisión de la venta por lesión enorme, ha sido diversamente regulada en las diferentes legislaciones y aplicada

(a) Idéntico al art. 1.513 del Código civil español, si bien nuestro legislador no pone la condición de la adquisición por licitación entre los propietarios.

con mayor ó menor extensión. En el derecho romano fué introducida por los emperadores Diocleciano y Maximiano (1), abandonada luego por Constantino y Teodosio (2), y reintroducida en el Código justiniano. En la legislación francesa ha tenido las mismas fases (3). Admitida primero; abolida durante el período de la Revolución con la ley del 14 Fructidor, año tercero; restablecida por la ley del 3 Germinal año quinto, fué aceptada en el Código francés vigente todavía. En Italia ha sido también regulada de muy diverso modo según las legislaciones antes vigentes, admitida por algunos Códigos respecto de la compraventa y de la permuta de toda clase de bienes, como lo era según el Código estense, que lo admitía hasta en favor del comprador (4), ha sido acogida luego por el Código civil italiano sólo en favor del vendedor, el cual puede ejercitar la acción cuando en la venta de un inmueble haya sufrido lesión por más de la mitad de su justo precio.

Siendo tan considerable la diferencia de las leyes á este respecto, surge naturalmente la duda sobre si la acción de rescisión debe regirse por la ley del lugar de la estipulación ó por la *rei sitae*, ó si, por el contrario, debe regirse por la ley personal lo mismo que cualquiera otra cuestión concerniente al consentimiento y á los vicios del mismo.

1.082. Se han dividido los escritores al debatir esta cuestión. Laurent opina que en la venta consentida por el que haya sufrido lesión, debe verse un vicio de consentimiento que afecta á la capacidad y que por lo mismo debe regirse por el estatuto personal. «Los menores y los que sufren interdicción, dice, son incapaces para contratar, porque lo son para consentir, y como hay una última relación entre la incapacidad y los vicios del consentimiento, alteran éstos también la capacidad para consentir; el mayor que da su consentimiento bajo el imperio de la violencia, del error ó del dolo, no tiene para consentir más capacidad que el menor». De esta analogía deduce, que así como la lesión en ma-

(1) L. 2 y 8 Cód. *De rescind. vend.*, IV, 44.

(2) Cód. Theod., L. 1, *De contr. emt.*

(3) Bégue, *De la lésion entre personnes majeures et capables*, 1868.

(4) Artículos 1.576, 1.607 y 1.577.

teria de venta implica una especie de violencia, así también debe regirse por el estatuto personal, y critica la opinión de los que quisieran dar la preferencia á la ley del lugar del contrato ó á la *lex rei sitae* (1).

Rocco y Brocher han opinado, por el contrario, que todo debe depender de la *lex loci contractus*, y esta es también la opinión de la mayor parte de los escritores que han discutido esta cuestión con motivo de la autoridad de la ley antigua y de la nueva acerca de la materia. Han seguido éstos la doctrina de Merlin, que había sostenido que la acción por rescisión debe ser considerada como un efecto inmediato de la obligación misma y, como tal, regida por la ley bajo cuyo imperio se efectuó el contrato que se quiere rescindir (2).

Entre los que defienden esta teoría está Gabba, que sostiene, que cualquier contrato oneroso efectuado bajo el imperio de una ley puede estar sujeto á rescisión según la ley vigente al celebrar el contrato, y cita otros muchos escritores en apoyo de su doctrina (3).

Rocco, que discute esta cuestión en la esfera propia del Derecho civil internacional, es muy explícito y sostiene que las causas de rescisión y revocación de los contratos están entre las consecuencias que inmediata y mediatamente surgen de los mismos, y que por tanto semejantes efectos deben regirse por los estatutos del país donde tales contratos se hayan celebrado. Y advierte al efecto, que para conocer de la realidad de la lesión ha de recurrirse á la costumbre del lugar en que esté sita la cosa vendida, por la razón de que el valor debe naturalmente ser determinado en el lugar en que se halle la cosa; pero que para decidir acerca de la medida legal de la lesión y de la acción de rescisión que proviene del daño sufrido al evaluar el precio de la cosa vendida, todo ello como consecuencia mediata del contrato de compraventa, ha de regirse por la ley bajo la que se estipuló el contrato (4).

(1) Laurent, *Droit civil international*, tomo VIII, §§ 145-47.

(2) Merlin, *Effect retroactif*, sect. 3.

(3) *Retroattività delle leggi*, vol. IV, págs. 240 y siguientes.

(4) Rocco, *Dirit. civ. intern.*, parte III, cap. X.

Foelix había sostenido primero, que debía resolverse según la *lex rei sitae*, si la venta de un inmueble puede ser impugnada por causa de lesión (1); pero contradijo luego esta opinión suya admitiendo que todo debe depender de la ley del contrato, sosteniendo, por tanto, que cuando ésta concede al comprador y al vendedor el derecho de hacer que se rescinda la venta por causa de lesión, debe ser admitida en Francia la acción del comprador, no obstante el art. 1.683 del Código civil (2).

Demangeat pone de manifiesto la contradicción de Foelix y considera más conforme con los buenos principios, admitir que debe aplicarse el estatuto personal del vendedor ó del comprador para determinar si cada uno de ellos puede ejercitar la acción de rescisión por el motivo de la lesión (3).

1.088. En la primera edición de la presente obra, expresábamos así nuestra opinión sobre la cuestión propuesta: «Acercas, pues, de las acciones de rescisión y revocación, debemos notar que, si están fundadas en un vicio intrínseco del contrato, son reguladas por la misma ley bajo la que se obligaron las partes; mas si dependen de una causa extrínseca ó posterior á la estipulación ó de la capacidad de los contratantes, deben apreciarse según la ley del lugar en que se verificó el hecho ó á la que esté sujeta la persona. Fúndase la razón de esta doctrina en la consideración de que la acción de rescisión es un efecto inmediato de la misma obligación» (4).

Combatíamos, por tanto, la opinión contraria de Massé y presentábamos la conclusión de que «para determinar si la acción por lesión que tienen el comprador y el vendedor, ó uno de ellos solamente, ó si la lesión ha de ser de más de la mitad ó de más de los dos tercios para rescindir la venta, debe aplicarse la *lex loci contractus*, porque las partes se someten tácitamente para

(1) Foelix, *Droit intern. privé*, tomo I, § 93.

(2) *Ibid.*, § 111.

(3) Nota al pasaje citado de Foelix, pág. 257, 4.ª edición.

(4) Véase la 1.ª edición de la presente obra, § 293, y las traducciones francesa y española.

la rescisión á la misma ley de que depende la validez del contrato» (1).

Discutiendo Laurent esta opinión nuestra hace la crítica de ella, indicando á la vez que «no puede tratarse de una sumisión de las partes, porque la sumisión exige un concurso de voluntades», y añade que no hay concurso de voluntades, pues sólo consiente el comprador; el vendedor no tiene la libertad necesaria para consentir, y en este sentido es incapaz. Deduce de esto, que todo debe depender del estatuto personal, según el que haya de determinarse si el vendedor gozaba ó no de la libertad suficiente para contratar (2).

No consideramos, en verdad, bien fundada la crítica ni suficientes las razones de Laurent para hacer que modifiquemos nuestra opinión, pareciéndonos, por el contrario, que debemos hacer notar que, de todas las opiniones, la que creemos falta de sólido fundamento jurídico es la sostenida por este jurisconsulto. ¿Cómo admitir, en efecto, que las circunstancias que hayan podido impulsar al vendedor á vender por un precio inferior al valor de la cosa, puedan constituir una incapacidad cualquiera para admitir luego la autoridad del estatuto personal, que debe regir los actos realizados por los incapaces?

No puede decirse que llegue á faltar la libertad del vendedor, sino que, por el contrario, porque no puede admitirse tal falta de libertad, han querido algunos excluir por completo la posibilidad de que se rescinda la venta por causa de lesión, y esto es lo que explica las oscilaciones de las leyes concernientes al argumento en cuestión. Bérenger, que votó con los que se opusieron cuando se trató de sancionar la regla en el Código civil francés, se expresaba en estos términos. «Si el vendedor, apremiado para vender, no ha podido encontrar un adquirente que le dé un precio más elevado que el que haya recibido, *no puede sostener* que ha sufrido lesión alguna. La cosa se vendió por el valor que podía tener en aquellas circunstancias, porque la cotización es la medida más exacta de la valoración. De otro

(1) Véase nuestra primera edición, § 294.

(2) Laurent, *Droit civil international*, § 146.

modo, sería preciso someter igualmente á la rescisión las ventas hechas por autoridad pública. Pero están exentas de ella, porque es evidente que, cuando se ha entregado su dominio á los compradores, fué vendido por su justo precio. El que saca de una venta los recursos que necesita en las circunstancias en que se encuentra, ha conseguido todo el beneficio que quería proporcionarse al vender» (1).

Bertier sostenía también que, siendo perfecto el contrato, no debía admitirse que por razones de equidad pudiera rescindirse, porque, añadía, el contrato debe ser ley para los que libremente lo han estipulado.

Teniendo presentes estos argumentos, se comprende que no puede admitirse en modo alguno la opinión de Laurent, que, para poder sostener la autoridad del estatuto personal, llega hasta el extremo de equiparar al vendedor, que se encuentra en condición de vender la cosa al precio que se le ofrece, con un incapaz.

1.089. Más bien que por la falta de libertad ha podido justificarse la rescisión de la venta por causa de lesión por una razón de justicia deducida del carácter del mismo contrato, que puede reputarse casi falto de su carácter esencial, esto es, el de correspondencia, cuando el precio sea tan mínimo que pueda transformar la venta casi en un contrato á título gratuito. Puede verse, en efecto, en esta cuestión jurídica, no diremos un contrato sin causa, sino más bien un contrato fundado en una causa errónea, esto es, en una correlación que no puede reputarse tal en derecho.

Puede también justificarse la ley de la rescisión de la venta considerándola como una ley de orden público; y bajo este punto de vista la sostuvo Napoleón I ante el Consejo de Estado. «La ley de rescisión, decía, es una ley de carácter consuetudinario, que tiene por objeto el territorio. Importa poco el modo cómo dispone una persona de algunos diamantes, de algunos cuadros; pero la forma en que dispone de la propiedad territorial no es indiferente á la sociedad. La sociedad es, pues, quien debe poner

(1) Locré, XIV, págs. 66 y 67.

límites y regular el derecho de disponer, y con arreglo á esos principios ha de asegurar la ley una legítima á los hijos sobre los bienes de los padres».

Estas y las demás razones y consideraciones que pueden explicar los motivos por los cuales ciertas leyes han admitido y otras han rechazado la rescisión de la venta por causa de lesión y por las cuales, admitiéndola, han circunscrito su aplicación dentro de estos ó de aquellos límites, sirven para explicar la naturaleza de la ley y la *mens legislatoris*, y para establecer además que la acción no puede admitirse sino en virtud de la ley que la sancione.

1.090. La cuestión, en nuestro concepto, debe presentarse bajo otro punto de vista. Trátase, en efecto, de determinar si este derecho, que se deriva de la ley y no de la autonomía de las partes, debe regirse por aquella bajo cuyo imperio celebraron éstas el contrato de compraventa, ó por la vigente en el lugar en que se halle la cosa que fué objeto del mismo contrato. Reducida la cuestión á sus justos límites, mantenemos la opinión antes sostenida, esto es, la de que hay que atenerse á la *lex loci contractus*, y ésto por la razón principal de que todo lo que concierne á la esencia y naturaleza de las obligaciones y al valor jurídico de las mismas, y todo lo demás que debe considerarse como inmediato efecto de éstas, debe regirse por la ley bajo cuyo imperio se estipuló el contrato y llegó á ser perfecto.

En todo contrato celebrado bajo el imperio de una ley dada, debe suponerse el acuerdo tácito de considerar como parte integrante de éste todo lo que según dicha ley, la equidad y la costumbre, regula las relaciones contractuales creadas con él: *in contractibus tacite veniunt quae sunt moris et consuetudinis*. Fundándose en esta máxima los antiguos juristas, han enseñado constantemente que todo lo que de la ley se derive debe mirarse como complemento tácito de los contratos celebrados bajo el imperio de la misma en todos aquellos puntos que puedan ser considerados como efectos inmediatos de la recíproca obligación y no hayan sido expresamente indicados y declarados por las partes contratantes. *Ea enim*, decía Lauterbach, *quae auctoritate legis vel consuetudinis contractuum comitantur, eidem adherent*,

naturalia a doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura et in naturam transit. Atque quoad naturalia contractum etiam forenses statuta loci contractus observare debent (1). Y Baldo: *Sicut natura non separatur a proprio subjecto, ita nec communis usus et consuetudo a contractu, cui natura inest; et consuetudo informat omnem dispositionem, etiamsi non sit dictum* (2).

1.091. De estos conocidos cánones deducimos, que cuando en el país en que hayan celebrado las partes la venta, esté vigente la ley que admite el derecho del vendedor para rescindirla, si el precio fijado fuese inferior á la mitad del justo precio, esta circunstancia fijada por la ley debería considerarse como parte integrante del convenio, porque equivaldría á que el vendedor hubiese dado su consentimiento con la condición de que sobreviniendo la eventualidad tenida en cuenta por la ley, si quisiera utilizar el derecho que ésta le confiere de ejercitar la acción rescisoria, pudiera hacerlo en virtud del derecho fijado en la ley de las relaciones contractuales; y el comprador á su vez habría dado su consentimiento con la condición de estar sujeto á la acción autorizada por la ley, si el vendedor quisiera ejercitarla. Por lo que, si en la localidad en que esté situada la cosa no hubiere la misma ley acerca de la lesión, ó si en ella se requiriese que la lesión deba ser de más de las tres cuartas partes para dar lugar á la rescisión, en tanto que bastaría que fuese de más de la mitad según la *lex loci contractus*, no dudamos, por las razones ya expuestas, que habría que atenerse á la *lex loci contractus* más bien que á la *lex rei sitae* para decidir acerca de la admisibilidad ó no admisibilidad de la acción, y esto siempre por la razón de que incumbe á la ley de las relaciones contractuales determinar los derechos discutidos por las partes contratantes, y que debe reputarse tal el de pedir la rescisión del contrato en los casos y en las circunstancias indicadas en la que deba considerarse como ley del contrato.

De la aplicación de estos principios se deduce que un contrato de compraventa celebrado bajo el imperio de la ley austriaca, y

(1) Lauterbach, *Dissertat.* 104, parte V, núm. 58.

(2) *Cout.* 83, núm. 3.

que por las especiales circunstancias del caso y de conformidad con los principios antes establecidos, debe regirse por la mencionada ley, puede ser impugnado á título de lesión, tanto por el vendedor como por el comprador, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1.060 del Código civil austriaco, y que, según dicha ley debe juzgarse la cuestión entre el comprador y el vendedor, aunque la cosa que haya sido objeto de la venta se encuentre en Italia y nuestro legislador sancione otra regla, y aunque los Tribunales italianos sean los llamados á juzgarla.

1.092. Creemos oportuno examinar ahora la cuestión de si, en la hipótesis de que la rescisión de la venta por causa de lesión sea admitida con arreglo á la *lex rei sitae* y no lo sea según la *lex loci contractus*, ó si sólo es más amplia en favor del vendedor la ley del lugar donde esté sito el inmueble vendido, pudiera pedirse la aplicación de esta ley fundándose en el concepto expresado por Napoleón I y reproducido antes, esto es, el de que la ley de rescisión es una ley de buenas costumbres y, por tanto, sostener que puede el vendedor pedir su aplicación como la de toda ley de orden público.

Presentando la cuestión bajo este segundo punto de vista, podría acaso llegarse á justificar la opinión de aquellos que quieren dar la preferencia á la *lex rei sitae*. Podría aducirse, en efecto, que, inspirándose el legislador en los principios de equidad y moralidad social, ha podido aspirar, con la ley de rescisión por causa de lesión, á amparar á aquellos que hayan sufrido una especie de violencia calificada de tal por las circunstancias externas tenidas en cuenta y por el mismo legislador determinadas; y siendo tal el motivo de la ley, debe ser considerada como ley de orden público; y que, por consiguiente, el vendedor que impugne la válida transmisión del dominio aduciendo que por el motivo de la lesión sufrida por él no puede admitirse transferencia legal, pueda fundar estas razones suyas en las disposiciones sancionadas por la ley territorial y solicitar su aplicación por el motivo de que no debe ser amparada la violencia ó lo que el legislador ha calificado de inmoral.

Estas son razones de mucho peso; pero no nos sentimos inclinados á modificar por ellas nuestra opinión, por lo menos

relativamente á la hipótesis propuesta. Es también un principio de orden público, que el contrato perfecto debe ser ley para los que libremente lo hayan querido. No puede sostenerse, pues, en modo alguno, que el vender por un precio que esté por bajo de la medida de lo justo, sea contrario al orden moral, mientras que el vendedor estaba en condiciones de vender y en la imposibilidad de encontrar un comprador en mejores condiciones. ¿Cómo admitir que pueda cambiarse la base de las relaciones contractuales perfeccionadas y cumplidas, sometiéndolas á la *lex rei sitae*, cuando no fué ésta la ley bajo cuyo imperio se creó el contenido esencial de las recíprocas obligaciones jurídicas? Hemos demostrado que la *lex rei sitae* debe regir el cumplimiento de la venta, pero no los derechos que puedan corresponder al comprador y al vendedor, y nos parece que subsisten las razones de orden público para admitir una regla diferente siempre que de la admisión de la rescisión y de las condiciones para poderla ejercitar se discuta solamente en las relaciones entre las partes contratantes.

1.093. Decimos de propósito sólo en las relaciones entre las partes contratantes, porque si en tal cuestión estuvieran interesados los terceros que pudieran alegar derechos contra el inmueble enajenado, nos parece que con razón podrían éstos invocar la ley territorial que sanciona la rescisión de la venta del inmueble por causa de lesión, y ejercitar la acción para hacer que se rescindiera dicha venta.

Supongamos, para explicar mejor nuestro concepto, que se tratase de un inmueble existente en el territorio italiano y se verificasen los extremos previstos en el art. 1.529 del Código civil (a) para dar lugar á la rescisión de la venta. Cuando el contra-

(a) El Código civil español no tiene precepto alguno equivalente á éste del Código italiano. Nuestro legislador ha previsto los casos de rescisión por lesión, en lo que respecta á la partición de bienes, en el art. 1.074 de dicho cuerpo legal; en lo que se refiere á los contratos, en los arts. 1.291 á 1.297; y tienen relación también con esta materia los arts. 1.470 y sigs.; pero en general, según el art. 1.293, ningún contrato se rescindirá por lesión, salvo los que pudieren celebrar los tutores sin la autorización del Consejo de familia y en

to se haya celebrado entre el comprador y el vendedor extranjero en país extraño donde según la ley vigente no se haya tenido en cuenta el caso de la rescisión por causa de lesión, nos parece que no podría el vendedor solicitar la rescisión de la venta en sus relaciones con el comprador, fundándose en las disposiciones del Código civil italiano. Es verdad, en efecto, que el legislador italiano, según la doctrina tradicional admitida por el derecho romano y por el canónico, sanciona en el art. 1.529 la regla de la rescisión por evidentes razones de orden público; pero no puede seguramente sostenerse que el orden público territorial debiera considerarse ofendido si un inmueble existente en Italia fuese enajenado por reglas diferentes de las sancionadas por nuestro legislador, cuando el título jurídico de que se derive la transferencia caiga bajo el imperio de ley extranjera. Pero cuando estén interesados los terceros en este asunto, es decir, los acreedores que hayan tenido razón en mirar los bienes del vendedor, deudor suyo, como garantía de sus créditos, nos parece que debía concederse á éstos el pedir la rescisión de la venta por causa de lesión cuando se verifiquen los extremos mencionados en el art. 1.529 del Código civil italiano. Decimos esto fundándonos en el motivo de que la ley que fija las condiciones para la transmisión de los inmuebles y para disponer de ellos á título oneroso, debe ser considerada como ley territorial en lo que ésta dispone para amparar los intereses de los terceros.

Tampoco decimos que la ley que sanciona la rescisión debe tener la autoridad del estatuto real, en forma tal que necesariamente se admita su aplicación aun en las relaciones privadas personales de las partes contratantes y en oposición con la *lex loci contractus* bajo cuyo imperio semejantes relaciones fueron por modo diverso establecidas entre ellos. Siempre hemos rechazado la teoría tradicional de que toda disposición relativa á los bienes inmuebles deba considerarse como un estatuto real, y no queremos, en verdad, contradecirnos en esta cir-

que los intereses del menor resultaren lesionados en más de la cuarta parte; y los celebrados en representación de los ausentes que los perjudicasen en la misma cuantía.

cunstancia, admitiendo que por la única razón de encontrarse el inmueble en Italia, deba aplicarse la ley italiana que sanciona la rescisión, sometiendo á ésta las relaciones privadas personales de las partes que contrataron. Mantenemos, por el contrario, en este como en cualquier otro caso, el principio que hemos explicado ya muchas veces, esto es, el de que deben tener autoridad exclusiva en el territorio de cada Estado todas las disposiciones que tiendan á amparar los derechos de los terceros, porque éstas deben considerarse como verdaderas disposiciones de orden social.

Los terceros que tengan derecho á considerar los bienes de su deudor como garantía de las obligaciones personales del mismo, evidentemente sufrirían lesión, si por virtud de la ley extranjera pudiera admitirse como eficaz la transmisión á título oneroso de un inmueble existente en Italia, cuando el legislador italiano, teniendo presente, por las circunstancias del caso, la falta de correlación entre el valor real del inmueble y el precio pagado, declara sujeto á rescisión por dicho motivo tal contrato.

El Código civil italiano sanciona también, en el art. 1.285, que los acreedores, tratándose de un contrato á título oneroso celebrado por el deudor con fraude de sus derechos, pueden impugnarlo en su propio nombre. No nos parece dudoso que deba tener esta disposición autoridad territorial; pero no porque tenga la autoridad del estatuto real en el tradicional sentido de la palabra, sino porque tendiendo á amparar los intereses de los terceros, debe mirarse como ley de interés social y, por consiguiente, con autoridad exclusiva en el territorio del Estado.

No queremos afirmar que la venta hecha por un precio menor que la mitad de lo justo pueda caer bajo la disposición prescripta en el artículo 1.235, que supone propiamente el fraude y el *animus fraudandi*. Hemos mencionado dicho artículo por el mero motivo de la analogía, y para aclarar nuestro concepto, esto es, el de que los terceros que por culpa del vendedor y deudor suyo, no encuentren ya en el patrimonio del mismo ni el inmueble ni el precio correspondiente de éste, pueden invocar la aplicación de la ley italiana, en la hipótesis de que el inmueble se halle en Italia, con el único fin de quitar toda eficacia jurídica

al negocio realizado con detrimento de sus legítimos derechos, y que el legislador italiano declara inmoral.

§ 6.º

De la ley que debe regular la cesión de los créditos ó de otros derechos.

1.094. Concepto de la cesión.—**1.095.** De la ley según la que debe determinarse la validez de la cesión con relación á la capacidad y al objeto.—**1.096.** Del contenido de este contrato.—**1.097.** Aplicación de los principios al caso de cesión hecha en Francia ó en Italia.—**1.098.** De la cesión de derechos reales.—**1.099.** Son diversas las leyes acerca de la eficacia de la cesión respecto de los terceros.—**1.100.** De la ley por que debe regirse la eficacia de la cesión: nuestra opinión: crítica de la de Laurent que la contradice.—**1.101.** Se aclara y se confirma la teoría.

1.094. Vamos ahora á ocuparnos de la ley que debe regular la cesión de las cosas incorporales y en particular de los derechos y acciones sobre cosa que esté en el comercio; cesión que equivale á una venta, cuando se hace por determinado precio en dinero.

La transmisión de los créditos, de los derechos activos y de toda cosa incorpóral constituye una cesión en la más lata significación de esta palabra, y puede hacerse á título gratuito ó á título oneroso. Vamos á ocuparnos solamente de la cesión á título oneroso que constituye una especie de venta. Una acción personal pura y simple, una acción personal á plazo ó condicionada (1), una acción real como la de reivindicación (2), la acción mixta como el derecho de recompra, un derecho de rescisión, los créditos, los privilegios y, en general, cualquiera cosa incorporal puede ser cedida mediante determinado precio en dinero, y puede surgir la duda acerca de la ley que debe regular

(1) L. 17, *De haered. vel act. vend.*, XVIII, 4.

(2) L. ult. Cód., *De haered. vel act. vend.*, IV, 39.

tal negocio y los derechos y obligaciones del cedente, del cesionario, del deudor principal (1).

1.095. Para decidir sobre si es ó no válida la cesión de un derecho ó de una acción, conviene distinguir los diversos elementos que constituyen tal asunto jurídico. Dejando aparte la cuestión que se refiere á la capacidad de las partes, la cual debe resolverse de conformidad con los principios generales relativos á la capacidad para obligarse, pueden nacer dudas al determinar la ley que debe regular tal relación contractual bajo el aspecto del contenido de tal asunto jurídico, de los derechos y de las obligaciones correspondientes al cedente y al cesionario, y de la eficacia de la cesión, tanto respecto del deudor principal como de los terceros, en la hipótesis de que la cesión y los efectos puedan caer bajo el imperio de diversas leyes.

Para decidir acerca de lo que puede ser ó no objeto de cesión, conviene tener en cuenta que las cosas incorporales no pueden localizarse como las corporales, que se hallan bajo el imperio de la *lex rei sitae*. Los derechos y acciones son, en efecto, inseparables de la persona á quien pertenecen, y con razón puede decirse de ellos que *omnibus personae inhaerent*, pues efectivamente siguen á la persona á todas partes, y, por tanto, no pueden reputarse sujetos á otra ley que aquella á que la misma persona debe quedar sometida. Conviene, por tanto, decidir con arreglo al estatuto personal sobre si un derecho dado puede ó no cederse válidamente. Así, pues, cuando el estatuto personal no contenga disposiciones formales que autoricen ó prohiban la cesión para establecer si la transferencia de determinado derecho es ó no válida, habrá que atenerse al carácter y naturaleza del derecho en cuestión, al fin con que se establece, á las condiciones para su ejercicio, á la analogía que pueda presentar con otros derechos cuya cesión el estatuto personal autorice ó vede expresamente. La ley italiana (2), por ejemplo (art. 1.460), que

(1) Dalloz, *Vente*, 914. Sentencia de Turín, 17 Germinal, año XII.

(2) Análogas disposiciones tiene el Código francés, art. 1.689-91; conf. Troplong, *Vente*, núm. 887 y siguientes; Zaccarias, § 359.

permite vender una herencia, prohíbe la venta de la herencia futura de conformidad con los principios admitidos por los juristas romanos, que consideran contrario á las buenas costumbres los pactos sobre futuras sucesiones (1). Ahora bien, si según la ley del presunto heredero no estuvieran prohibidos tales pactos y hubiera éste cedido sus derechos de futura sucesión á una herencia sujeta á la ley italiana, tal asunto jurídico debería reputarse nulo por la consideración de que, según la ley italiana que debería regular los derechos á la herencia en la hipótesis de que el *de cuius* fuere un italiano, el derecho de sucesión no puede ser objeto de cesión, sino cuando ya esté abierta. No podría, por tanto, el cesionario hacer valer el título de la cesión para subrogarse al heredero y adir la herencia en Italia, pues debiendo declararse según la ley reguladora de la sucesión si el derecho sucesorio, cuando no sea una herencia abierta, puede ó no ser materia lícita de contratación, debería considerarse nula la cesión, habida consideración á su objeto y su materia. Mas si el cesionario hubiere pagado un precio y hubiese contratado en un país donde, según lo preceptuado en la ley, pudiera este contrato tener algún valor jurídico, no podría pretender aquél otra cosa que la restitución del precio pagado, en los casos y en las condiciones en que debiera admitirse el derecho de repetir la *conditio indebiti*.

1.096. En lo concerniente, pues, al contenido de este contrato, estamos conformes con Laurent en admitir que así como la cesión no difiere esencialmente de la venta y las partes pueden alegar su autonomía para referirse á una ú otra ley, así también, dada la falta de alguna declaración expresa, hay que atenerse á los principios generales según los que deba determinarse la ley de las relaciones contractuales, fundándose en la intención inferida de las circunstancias. Puede, por tanto, admitirse que, salvo prueba en contrario, los contratantes han querido referirse, en todo lo concerniente á la naturaleza y validez del contrato de cesión y á la esencia de las respectivas obligaciones asumidas

(1) L. 7, Dig. *De haered. vel act. vendit.*; L. 15, Cód. *De pactis*; conf. fróntese Pothier, *Vente*, núm. 526.

mediante éste, á la ley del lugar donde estipularon el contrato correspondiente.

Teniendo presente dicha regla, deberá resolverse según la *lex loci contractus* acerca de cuanto concierna á la naturaleza del asunto jurídico, es decir, si puede ser considerado como una verdadera cesión ó como una delegación *pro solvendo*, un mandato ó cualquiera otra relación jurídica análoga á la cesión, ó una innovación, etc. Determinada la naturaleza de la relación contractual con arreglo á *lex loci contractus*, habrá que atenerse á esta misma ley para determinar la esencia de las recíprocas obligaciones del cedente y del cesionario y para resolver toda controversia—dado que la cesión sea á título oneroso—acerca de las obligaciones correspondientes al cedente y los derechos adquiridos por el cesionario. Así sucederá, por ejemplo, para declarar si el cedente está ó no obligado á garantizar la existencia del crédito sin garantizar su exigibilidad (1) cuando no lo haya prometido expresamente; para decidir sobre las condiciones que pueden ser necesarias para la transmisión del derecho cedido y la adquisición de éste por parte del cesionario; para los extremos que se requieren según la ley para poder considerar perfeccionado tal contrato, etc.

1.092. Suponiendo, por consiguiente, que tenga lugar la cesión bajo el imperio de la ley francesa, con razón podrá sostenerse que no puede tal contrato reputarse perfeccionado para todos sus efectos entre las partes contratantes, sino cuando el cedente haya entregado al cesionario el documento del crédito cedido. El legislador francés dispone, en efecto, en el art. 1.689, que «la cesión á un tercero de un crédito, de un derecho ó de una acción, se efectúa entre el cedente y el cesionario mediante la entrega del documento que lo comprueba»; por lo que no puede tenerse por perfeccionado el contrato bajo el imperio de dicha ley, sino cuando haya sido entregado por el cedente al cesionario el documento del crédito cedido. Por tanto, aun en la hipótesis de que el cedente sea un italiano, suponiendo que hubie-

(1) Confr. art. 1.542-43, Cód. civ. ital.; art. 1.694 Cód. civ. francés; artículo 1.397 Cód. austriaco.

se contratado en Francia con un francés y que le hubiese cedido un crédito exigible en Italia ó en otra parte, no podría invocarse el estatuto personal del acreedor cedente, para sostener que deba resolverse de conformidad con dicha ley la cuestión acerca de la naturaleza y perfección del contrato de cesión. En efecto, el estatuto personal no podría ejercer influencia para modificar las leyes generales de las relaciones contractuales, y debiendo, salvo prueba en contrario, creerse que los contratantes al estipular el contrato en Francia quisieron referirse á la ley francesa, de conformidad con dicha ley deberá decidirse cualquiera cuestión relativa á la naturaleza del contrato estipulado por ellos, y á las condiciones requeridas para la perfección del contrato mismo en las relaciones entre dichas partes contratantes. Inútilmente se invocaría, por tanto, la disposición prescrita por el legislador italiano en el art. 1.538, el cual dice que «la cesión de un crédito es perfecta y adquiere su propiedad el comprador ó cesionario en el momento en que está conforme acerca del crédito ó del derecho por cederse y sobre el precio, aun cuando no se haya transmitido la posesión mediante la entrega del documento» (a). Podría ser válida, en efecto, esta disposición, si se tratase de decidir sobre la perfección del contrato de cesión hecho en Francia, respecto del que siempre había que suponer, en virtud de las reglas generales, que los contratantes habrían querido referirse á la *lex loci contractus*. El ser italiano el propietario del crédito cedido no altera la esencia de las cosas, puesto que, por

(a) Los preceptos del Código civil español relativos á esta materia difieren en su forma de los del Código italiano.

El art. 1.526, que en relación con el 1.227 se refieren á esta materia, sólo alude á las condiciones que ha de tener un crédito para surtir efecto contra tercero, consignando como principal requisito general el de la fecha cierta de la cesión, debiendo tenerse por tal fecha para los terceros, el día de su inscripción en un Registro público, el de la muerte de cualquiera de los interesados firmantes del documento, ó el en que éste se entregase á un funcionario público por razón de su oficio. En lo que respecta á los efectos de la cesión de derechos por lo que se refiere al deudor en sus relaciones con el acreedor principal, véase el art. 1.198.

una parte, no podría sostenerse el predominio del estatuto personal, y además, por otra, por la consideración de que el mismo legislador italiano dispone en el art. 9.º de las *Disposiciones generales*, que «la esencia y los efectos de las obligaciones se reputan regulados por la ley del país en que los actos se hayan realizado».

Suponiendo, por el contrario, que se haya estipulado el contrato en Italia, entre un francés propietario del crédito y un italiano, habría que aplicar cuanto dispone el legislador italiano, el cual, considerando un crédito, una acción, un derecho patrimonial cualquiera como un valor del que puede el propietario disfrutar y disponer, sanciona en el mencionado art. 1.538 el mismo principio sancionado en el art. 1.125, esto es, que la transmisión de la propiedad del crédito se efectúa desde el momento en que las partes se han puesto de acuerdo sobre el derecho que se cede y sobre el precio. Exigiéndose, pues, la entrega del documento por la ley italiana sólo para transferir la posesión del crédito, pero no para transferir su propiedad, el contrato de cesión en las relaciones entre las partes debería reputarse perfeccionado entre ellas independientemente de la entrega del documento, aunque sea distinta acerca de esto la disposición de la ley francesa.

Dicho se está que si en uno ú otro caso ambas partes contratantes en Francia fuesen italianos, ó dos franceses los contratantes en Italia, debería aplicarse la ley italiana ó francesa siempre en virtud de los principios generales acerca de la ley que debe regir las relaciones contractuales.

1.098. Creemos oportuno recordar que como los derechos reales pueden también ser objeto de cesión, si se hubiere cedido un derecho real ó personal sobre un inmueble ó sobre una cosa mueble determinada en su individualidad, habría que atenderse á la ley del país en que se hallen las cosas para decidir acerca de la eficacia jurídica de la cesión. Por consiguiente, la cesión del derecho de uso y de habitación hecha por un extranjero respecto de un terreno ó de una casa sita en Italia, no podría tener valor jurídico aunque pudiera ser válida según el estatuto personal del cedente, y esto en virtud del principio ge-

neral por el que se someten las cosas á la *lex rei sitae* cuando se trata de juzgar de sus condiciones jurídicas como objeto de derecho. Aun en la hipótesis de que el cesionario hubiese pagado un precio no podría hacer valer su derecho, pudiendo solamente pedir la restitución de lo que indebidamente pagó, aplicando las mismas reglas que se aplicarían en el caso de venta de una cosa que estuviese en el comercio con arreglo á la *lex loci contractus* y fuera de él según la *lex rei sitae*.

Vamos á tratar ahora acerca de la eficacia de la cesión respecto de los terceros.

Conviene tener presente que difieren las leyes al establecer las condiciones que se requieren para la eficacia de la cesión respecto de los terceros. Así, el legislador italiano dispone acerca de esto en el art. 1.539 que «el cesionario no tiene derechos respecto de los terceros sino después de hecha la notificación de la cesión efectuada, ó cuando el deudor haya aceptado la cesión por escritura pública» (a).

Análoga disposición se halla sancionada en el art. 1.690 del Código francés y en otras leyes, incluso las vigentes (1) en Escocia. Por el contrario, según la ley inglesa, la notificación al deudor por lo que refiere de ella Story (2), sólo se requiere para descargar á aquél de la obligación de pagar al cedente, de modo que si él, ignorando la cesión, pagase al primitivo acreedor ó á un tercero á quien se hubiera asignado el crédito, no estaría obligado á nada respecto del cesionario; mas si el crédito fuese embargado por un tercero, en poder del deudor antes de la notificación, y pendiente el litigio notificase el cesionario la cesión hecha en su favor, antes que el crédito haya sido cobrado por el que hubiese llevado á cabo el embargo, no tendría éste preferencia sobre el cesionario y el deudor de lo cedido estaría obligado á pagarlo al cedente. También parece que prevalece este concepto en el Código austriaco. Este cuerpo legal dispone, en

(a) Véase la nota (a) puesta al número anterior.

(1) Kames, *On equity*, B. 3, cap. VIII, § 4; Huber, *De conflictu legum*.

(2) *On equity of jurispr.*, § 421; *Conflict of Laws*, § 386.

efecto, en el art. 1.395, que «el deudor, mientras no conozca al cesionario, tiene el derecho de pagar á su primer acreedor ó de concertarse con él de cualquier otro modo (art. 1.396), lo que no será lícito, tan pronto como al deudor le sea notificado el cesionario, mas le queda el derecho de oponer sus excepciones contra el crédito».

1.099. Habiendo tal diversidad de sistemas legislativos, debe admitirse que, según las leyes de algunos países, la denuncia de la cesión puede reputarse requerida sólo con el fin de avisar al deudor de la cesión efectuada, para que ya no pague al cedente sino al cesionario, y que éste puede hacer valer sus derechos, con tal que llegue á notificar al deudor la cesión antes que éste haya pagado al cedente ó á un acreedor del mismo. Por el contrario, según el sistema sancionado por el legislador italiano, se exige la denuncia con doble objeto, esto es, para avisar al deudor de la cesión efectuada, á fin de que no pague al cedente sino al cesionario, y además para *hacer pública* la cesión respecto de los terceros, á fin de que los que tengan derechos que ejercitar contra el cedente ó quieran adquirirlos con relación al crédito, estén advertidos de que el crédito de que se trata no forma ya parte del patrimonio del cedente sino que ha pasado al del cesionario. De manera que mientras no se haya hecho *pública* la cesión, mediante la notificación, no puede reputarse realizada la transmisión de la propiedad del crédito para todos los efectos respecto de los terceros, y el crédito debe mirarse como propiedad del cedente. Lo mismo sucede en el sistema del Código francés.

1.100. Suponiendo ahora que se haya cedido un crédito en un país regido por las primeras leyes y que sea embargado antes de la notificación, puede surgir la duda de si para la eficacia de la mencionada cesión respecto de los terceros, debe aplicarse la *lex loci contractus*, la del propietario del crédito ó la del deudor.

Lord Kames (1) hace notar que un crédito no es un *corpus* capaz de alguna situación local, sino un *jus incorporale*; no obs-

(1) Kames, *On equity*, B. 3, cap. VIII, § 4.

tante, considerando que, siendo un objeto que posee el acreedor debe admitirse una ficción, es más natural localizarlo en el domicilio del acreedor que en el del deudor. Deduce de esto que, en caso de conflicto de dos legislaciones, debe prevalecer la ley del acreedor. Cuando éste cede voluntariamente su crédito según la ley de su patria, adquiere el cesionario un justo título para exigir el pago donde quiera que sea, y dicho título debe considerarse perfecto *jure gentium*, por el conocido principio *mobilia non habent sequelam*.

En la primera edición de esta obra hemos hecho observar que por el hecho de la cesión el acreedor no cede verdaderamente su derecho personal, sino que en el fondo cede las razones y las acciones contra su propio deudor, y el cesionario adquiere la facultad de proceder contra el deudor, no como mandatario, sino como un *procurator in rem suam*; y considerando que el crédito no puede ser localizado sino en el punto en que es exigible, es decir, en el domicilio del deudor, hemos sostenido que para la eficacia de la cesión respecto de los terceros debe aplicarse la ley del domicilio del deudor (1).

Al exponer Laurent nuestra opinión, la impugna, y hace observar que no es realmente parte el deudor; que no puede el cesionario adquirir la propiedad del crédito respecto de los terceros, sino cumpliendo ciertas formalidades que tienen por objeto la publicidad de la cesión; que cuando estén interesados los terceros, el estatuto es real, y que, por consiguiente, no puede aplicarse la ley del deudor (2).

No hemos querido, ciertamente, sostener en general otro principio; siempre hemos dicho, en efecto, que toda ley que sancione la necesidad de ciertas formalidades para la publicidad de los actos respecto de los terceros, debe tener autoridad territorial. Pero nos habíamos propuesto determinar solamente cuál debía ser la ley con arreglo á la que debía juzgarse respecto de las formalidades que pueden reputarse ó no reputarse necesarias para que la cesión de un crédito sea eficaz respecto

(1) Véase § 342 de la edición de 1869.

(2) Laurent, *Droit civil international*, t. VIII, § 133.

de los terceros, y teniendo presente que el crédito es exigible en el domicilio del deudor, hemos sostenido que debía aplicarse la ley del mismo, esto es, la ley del país en que puede cobrarse el crédito, para determinar qué formalidades deben considerarse indispensables para la transmisión eficaz del crédito cedido respecto de los terceros. Mantenemos, por tanto, la misma opinión, y fundándonos en el concepto de que no puede ser localizado el crédito sino en el lugar en que puede ser cobrado, decimos que debe decidirse con arreglo á la ley vigente en él toda cuestión relativa á las formalidades indispensables para hacer pública la cesión y á las consecuencias que puedan derivarse respecto de los terceros por la falta de notificación.

Supongamos que un crédito perteneciente á un inglés y exigible en Italia haya sido cedido en Inglaterra, y que antes que se haya hecho la notificación al deudor de la cesión efectuada, lo haya embargado un tercero, acreedor del cedente inglés, en poder del deudor. Cuando después del secuestro efectuado y antes que el crédito sea cobrado notifique el cesionario al deudor que le ha sido cedida la deuda, no podrá aquél pretender ser preferido al que llevó á cabo el embargo, fundando su derecho en la ley inglesa bajo la que se hizo la cesión y en la circunstancia de que, tratándose de un crédito perteneciente á un inglés, no puede ser localizado como una cosa sujeta á la *lex rei sitae*, sino que, por el contrario, debe reputarse en la posesión del acreedor, localizado en el domicilio del mismo y, por consiguiente, regido por la ley inglesa.

Para impugnar esta pretensión suya se puede sostener, con más razón, que así como la posesión de un crédito exigible en Italia no puede ser transmitido, para todos los efectos respecto de los terceros, sino de conformidad con la ley vigente en nuestro país, donde el crédito puede ser cobrado, y así como la ley italiana requiere la publicación de la cesión como indispensable para hacer que pase el crédito al dominio del cesionario en contra de los terceros, del mismo modo debe admitirse como eficaz el derecho adquirido mediante el embargo hecho por el acreedor del cedente aun en contra del mismo cesionario, puesto que, debiendo reputarse éste como tercero respecto del embar-

gante, el crédito debe considerarse en el dominio del cedente por la falta de notificación y publicación de la cesión efectuada. La notificación hecha por el cesionario después del embargo y antes que el embargante haya cobrado el crédito, sólo podrá ser eficaz para la parte del crédito no afectada por el embargo; pero no podrá servir para invalidar el derecho de preferencia que tiene el que lo llevó á efecto, siempre por la razón de que, respecto de éste, el crédito debe reputarse todavía como si estuviese en el dominio del cedente y como formando parte del patrimonio de éste (1).

1.101. Sacamos, por tanto, en consecuencia, que toda cuestión que pueda referirse á la transmisión de la propiedad de un crédito como de cualquiera otra cosa, sólo puede ser resuelta con arreglo á la ley contractual, cuando se trate de resolverla en las relaciones personales y en el interés de las partes contratantes, pero que enfrente de los terceros debe resolverse de conformidad con la *lex rei sitae* bajo cuyo imperio los interesados han adquirido y pueden hacer valer sus derechos respecto de la cosa, sea inmueble ó mueble, localizada, y que por consiguiente, en cuanto á los créditos, habrá que resolverla con arreglo á la ley del lugar en que aquéllos sean exigibles, porque allí deben considerarse localizados.

(1) Confr. Mirabelli, *Del derecho de los terceros*, vol. I, pág. 329; Pacifici-Mazzoni, *De la venta*, vol. II, núm. 184 y sigs.; Coturi, *De la venta*, § 178 y sigs.; Zaccarias, § 339 bis; Troplong, *Vente*, núm. 926; Marcadé, art. 1.690, núm. 2; Toullier, t. VII, núm. 285; Duranton, número 500; Gide, *Etude sur la novation et le transport des créances*, París, 9 de Febrero de 1837, 18 de Marzo de 1839, 26 de Junio de 1843 (Sirey, 1839, 2, 262; 1839, 2, 182; 1843, 2, 523); Cas. franc. rej. 18 de Junio de 1843 (Sirey, 1843, 1, 908).

CAPITULO III

Del contrato de arrendamiento.

1.102. Razón de método.

1.102. El contrato de arrendamiento puede tener por objeto las cosas y las obras. Consiste el primero, en general, en el convenio mediante el cual se obliga una de las partes á hacer que disfrute la otra una cosa por determinado tiempo, en correspondencia de un precio fijado, y obligase la otra á pagar el precio convénido. El segundo, con arreglo á la distinción hecha por los juristas romanos, puede ser de dos especies: puede, en efecto, tener por objeto ó la obligación que asume una persona de poner su actividad al servicio de otra mediante un precio ó merced, ó el de ejecutar una obra mediante un precio convenido. *Locatio operarum* y *locatio conductio operis* (1).

Trataremos separadamente de cada uno de ellos.

§ 1.º

De la ley que debe regular el arrendamiento de las cosas.

1.103. Analogía del arriendo con la venta.—**1.104.** Ley que debe regular la capacidad de las partes.—**1.105.** Del arriendo de los inmuebles.—**1.106.** De la ley que debe regular la naturaleza del contrato.—**1.107.** Son diferentes los principios según los que debe resolverse la cuestión acerca de la naturaleza del derecho resultante del contrato.—**1.108.** Forma del contrato de arrendamiento.—**1.109.** Autoridad de la *lex rei sitae*

(1) Dig. *De loc. cond.*, XIX, 2; Serafini, versión de Arnelts, vol. III, § 309; Vitalevi, *Del arriendo de las cosas*, Turín, 1876.

acerca de esto.—**1.110.** Del contenido esencial de las obligaciones del arrendatario y del inquilino.—**1.111.** Autoridad de la ley en caso de incendio de la cosa arrendada.—**1.112.** Cuándo debe admitirse la autoridad de la *lex rei sitae*.—**1.113.** Cuándo puede considerarse ineficaz el contrato estipulado en el extranjero.—**1.114.** De la rebaja del precio del arrendamiento por consecuencia de la pérdida de la cosecha.—**1.115.** De la venta de la cosa arrendada ocurrida durante el arrendamiento.—**1.116.** Autoridad de la *lex rei sitae* y de la *lex loci contractus* en las cuestiones entre el vendedor, el comprador y el arrendatario.

1.103. El contrato de arrendamiento, habida consideración á su índole, es, por regla general, un contrato bilateral, á título oneroso, conmutativo y consensual y tiene mucha analogía con el de compraventa, por lo que en principio debe admitirse que los pactos relativos al mismo están dentro de la esfera de la autonomía de las partes contratantes; sin embargo, debe reconocerse que la misma autonomía ha de estar limitada en cierto modo en virtud de la ley territorial vigente en el país en que se halle la cosa objeto del arriendo ó donde la persona obligada deba prestar su propio trabajo ó llevarla á cabo.

Los principios que hemos expuesto respecto del contrato de compra y venta, pueden servir en muchos casos para resolver la controversia en materia de arrendamiento, dada la grande analogía entre estos dos contratos. «*Locatio et conductio* (dice Gayo), *proxima est emptione et venditione; iisdemque iuris regulis consistit. Nam ut emptio et venditio (ita) contrahitur, si de pretio convenerit: sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit*» (1). Conviene, no obstante, determinar cuál pueda ser la autoridad del estatuto personal, del de la *lex loci contractus* y de la ley territorial en esta materia.

1.104. Para todo lo que pueda relacionarse con la capacidad de las partes contratantes, conviene atenerse á los principios generales, estableciendo como regla que toda cuestión debe resolverse con arreglo al estatuto personal. Del mismo modo debe decirse sobre la cuestión acerca de la facultad que pueden tener

(1) L. 2 Dig. *De loc. et cond.*; XIX, 2; Inst. *De loc. et cond. princ.*, III, 24. Véase además Gayo, III, 143.

los administradores extranjeros de poder llevar á cabo el arrendamiento por cierto número de años, puesto que todo debe depender del estatuto personal al que estén sujetos estos administradores. Por consiguiente, la prohibición que se halla sancionada según ciertas leyes que, á semejanza de la ley italiana (art. 1.572), vedan á los administradores extranjeros el estipular el arriendo por más de nueve años, no puede aplicarse á los administradores extranjeros sujetos como tales á su estatuto personal, que disponga otra cosa.

El hallarse en territorio italiano el inmueble administrado no puede ser una razón para someter los administradores extranjeros á la ley italiana, aunque la mencionada disposición del art. 1.572 no pueda ser considerada como un estatuto real, y la capacidad para realizar válidamente ciertos actos relativos á los inmuebles debe regirse por el estatuto personal y no por la ley territorial, con tal que no estén en cuestión los intereses sociales, sino únicamente los privados ó los de familia.

1.105. Algunos han querido considerar el arrendamiento de los inmuebles sujeto en todo á la ley territorial, y esto procede de que han considerado el derecho del arrendador sobre la cosa arrendada como un derecho real y han deducido de ello que así como todo derecho real debe sujetarse para su eficacia á la *lex rei sitae*, lo mismo debe suceder con los derechos y obligaciones que nacen del arrendamiento de inmuebles. Esta opinión se inspiró en la teoría de Troplong (1), que fundándose en el art. 1.443 del Código francés, casi conforme con el artículo 1.597 del Código italiano, llega hasta sostener que el arrendamiento engendra un derecho real, del que luego los juristas, y Foelix entre otros (2), dedujeron que el arrendamiento de los inmuebles debe regirse por la ley territorial. Pero hoy la mayor parte de los juristas rechazan esta opinión, que evidentemente no es exacta, y admitiendo sin embargo que pueda la ley territorial sujetar á sus preceptos ciertas relaciones en materia de arrendamiento, como diremos luego, niega á éste el carácter de derecho real y no ad-

(1) Troplong, *Du louage*, núm. 491 y siguientes.

(2) *Droit international privé*, tomo I, pág. 124.

mite, por consiguiente, que las disposiciones que conciernen al contrato de arrendamiento puedan constituir un estatuto real.

En el sistema que seguimos tiene esta cuestión, por lo demás, una importancia secundaria, pues aunque fundándose en las reglas prescritas por la ley territorial, pudiera sostenerse que el derecho que se deriva del arrendamiento de los inmuebles tenga el carácter de derecho real, no podría deducirse de esto que la ley relativa al arrendamiento deba mirarse como un estatuto real, atribuyendo así autoridad territorial á todas las disposiciones que la conciernen; debería distinguirse, por el contrario, como hemos dicho á propósito de la venta, lo que puede estar en la esfera de la autonomía de las partes contratantes (y que, así como podría ser objeto de pacto expreso, así también debe determinarse, en su defecto, teniendo en cuenta sus intenciones y la ley á que debe presumirse que se han sometido al contratar), de lo que debe considerarse como fuera de la esfera de la mencionada autonomía de las partes, y sujeto á la ley territorial en lo que tiende ésta á amparar los intereses sociales y los derechos de los terceros, y admitir, pues, el predominio de la *lex loci contractus* ó de la *lex rei sitae*, según se trate de relaciones de una ú otra categoría.

1.106. Comenzando por la naturaleza del contrato, cuando se dé el caso de tener que determinarla teniendo en cuenta la intención de las partes, y no sean éstas súbditos del mismo país, convendrá referirse á la *lex loci contractus*. Lo mismo debería decirse en la hipótesis de que no pueda discernirse con precisión si el contrato celebrado por las partes debe ser reputado un arriendo ó una venta de futuros productos. Suponiendo, por ejemplo, que uno haya concedido á otro el goce de una mina por determinado tiempo y á cambio de un precio fijado, podría surgir la duda acerca del carácter de este contrato, esto es, si debe ser reputado un arrendamiento del fundo ó una venta de productos, y suponiendo que se trate de arrendamiento de inmuebles, podría también surgir la duda sobre el carácter de éste, esto es, si debe ser reputado arrendamiento ó anticresis, ú otra forma cualquiera de contrato.

Muchos casos dudosos han sido propuestos y discutidos por

los juristas y de distinto modo resueltos (1), y así como en esencia todo debe depender de la intención de las partes contratantes y de las circunstancias, considerando que la intención debe ser determinada refiriéndose á la ley contractual, del mismo modo resulta claro que aquélla bajo la cual estipularon el contrato, puede, á falta de pacto expreso, ser decisiva para determinar su naturaleza, de conformidad con la regla sugerida por Voet: *Quod si de ipso contractu quaeratur, seu de natura ipsius, seu de iis quae ex natura contractus veniunt, etiam spectandum est loci statutum ubi CONTRACTUS CELEBRATUR quod et contrahentes semet accordare praesumuntur* (2).

Esta cuestión de la naturaleza del contrato es muy importante para determinar las respectivas obligaciones de los contratantes, siendo esencial la diferencia entre las que se derivarían si se tratase de un arrendamiento ó si, por el contrario, se tratase de una venta de productos, y diferentes también los derechos respecto de la cosa que hubiere sido objeto del contrato. Pero no nos incumbe exponer tales diferencias.

1.102. Creemos oportuno, por otra parte, hacer notar que lo que hemos dicho respecto de la naturaleza del contrato, no tendría valor si surgiere la cuestión acerca de la naturaleza del derecho conferido y adquirido mediante el contrato. Una cosa es, en efecto, lo que se refiere á la naturaleza del asunto jurídico y otra lo que concierne á la naturaleza del derecho con-

(1) El Tribunal de casación de Turin decidió que la concesión del derecho de extraer piedras de un fundo no puede considerarse como un arrendamiento del inmueble en que existe la mina, sino como venta de las cosas muebles, esto es, de las piedras que hayan de extraerse. Sentencia de 11 de Septiembre de 1871 (*Bettini*, XXIII, 1, 621).

(2) Voet, *De statut.*, § 9, cap. II, § 10. Confr. para determinar el valor de las circunstancias respecto de la intención de los contratantes: Bartolo, *Ad legem I*, Dig. *De super.*, XLIII, 18; Caroccio, *Tractatus loc. et cond.*, parte 1.^a quaest. IV; Pothier, *Traité du contrat de louage*, núm. 4; Merlin, *Rep.*, v.^o *Bail*; Pacioni, *Tractatus de loc. et cond.*, capítulo II, núm. 20 y sigs.; Dalloz, *Rep.*, v.^o *Loi*, núm. 21; Duranton, XVII, 17; Duvergier, I, 33; Troplong, art. 1.709; Marcadé, artículo 1.713.

tractual, como, por ejemplo, si se disputase sobre si el disfrute de un inmueble ó de su producto convenido, en virtud del contrato, debe mirarse como valor mueble ó como derecho real, cuestión que no nos parece que pueda resolverse con arreglo á la *lex loci contractus*, como hemos dicho de la naturaleza del contrato. Del mismo modo que la condición jurídica de las cosas, como objeto de derecho, debe determinarse por la *lex rei sitae*, así también la naturaleza de todo derecho proveniente del contrato ó de otro título, debe determinarse por la ley vigente en el lugar donde pueda ejercitarse el derecho adquirido; y decimos esto, porque así como la naturaleza del derecho, según sea real ó personal, crea ó no relaciones directas é inmediatas con la cosa, de cuyas relaciones provienen luego los derechos y acciones que puedan corresponder á la persona respecto de la cosa cuya posesión ó depósito tengamos, y enfrente de los terceros, así todo ello entendemos que debe permanecer sujeto á la *lex rei sitae*.

Por tanto, deberá decidirse con arreglo á ésta si el derecho del arrendador puede ser reputado un derecho real ó personal (sosteniendo también que la naturaleza del contrato deba ser determinada según la *lex loci contractus*) de la misma manera que respecto del usufructo fundado en la ley extranjera, respecto de la enfiteusis y de toda otra relación concerniente á las cosas, debe decidirse con arreglo á la *lex rei sitae* acerca de la naturaleza del derecho, no obstante que éste provenga de la ley extranjera.

1.103. En lo concerniente á la forma del contrato de arrendamiento puede admitirse que deba ser regida por la *lex loci contractus* siempre que se trate de establecer la existencia del contrato y de las obligaciones y derechos recíprocos en las relaciones entre las partes contratantes, y esto en virtud de la regla general *locus regit actum*. La prueba de la obligación debe hacerse, en efecto, con arreglo á la ley bajo cuyo imperio nacieron las relaciones contractuales y que debe determinar los medios de prueba idóneos para establecer su existencia. Debe, por consiguiente, admitirse que son válidos los pactos verbales concertados en las condiciones sancionadas por la ley del país en el que se obligaron las partes, con tal que no estén interesados los terceros en la cuestión, y que, por consiguiente, pueda dar

lugar á la prueba testifical en los casos y circunstancias indicadas por la *lex loci contractus*.

Conviene, sin embargo, observar que puede regir este principio si surgiera la cuestión entre el arrendador y el arrendatario y se tratase de decidir acerca de la existencia del contrato entre ellos celebrado; pero si fuese distinta la ley del país en que se halle la cosa, y se tratase de decidir acerca de las ulteriores consecuencias que pueden derivarse del contrato, según haya sido éste redactado por escrito ó verbalmente, habría que atenerse á cuanto dispone la *lex rei sitae*. Así, por ejemplo, si se tratase del arrendamiento de un inmueble existente en Francia, celebrado entre un italiano y un francés sin documento escrito, nos parece que debería admitirse también ante los Tribunales franceses que pudiera efectuarse la prueba de este contrato según los principios sancionados por el legislador italiano, y no debería ser obstáculo para esto que el inmueble arrendado se halle en Francia; y que la disposición sancionada en el artículo 1.715 del Código civil francés no consienta la prueba testifical.

Con razón dice Zaccarias «que los medios de prueba con que puede establecerse la existencia jurídica de los contratos estipulados en país extranjero y las modificaciones que pueden haber recibido por convenios accesorios y subsiguientes, deben determinarse según la ley del país en que tales actos se realizaron, y, por tanto, que el Juez debe admitir la prueba testifical cuando la ley del lugar en que se estipuló el convenio no exija el documento escrito y admita la prueba por medio de testigos» (1).

1.109. Mas si se tratase de decidir acerca de las consecuencias del contrato escrito ó no escrito en los casos previstos en los artículos 1.736, 1.738, 1.759 y 1.776 del Código civil francés, habría que atenerse á lo que éste dispone, pues las reglas prescritas en los mencionados artículos no se refieren á la existencia del contrato, sino á las ulteriores consecuencias de éste bajo el punto de vista de las relaciones entre el arrendatario y la cosa arrendada, respecto de la cesación, de la tácita reconducción, etc., relaciones que así como vendrían á estable-

(1) Zaccarias, § 21.

cerse allí donde la cosa arrendada se halle y son reguladas diversamente por las leyes, según exista ó no el acto escrito, así debe admitirse la autoridad de la *lex rei sitae*.

Debe admitirse además que si según la ley del lugar en que se halle la cosa arrendada se reputase indispensable el acto escrito, no ya como medio de prueba sino como esencial á la existencia del contrato y á la válida prestación del consentimiento, habría que atenerse á ella é inútilmente se invocaría en contrario la *lex loci contractus*. Así, por ejemplo, debería suceder en caso de arrendamiento de inmuebles existentes en Italia y pactado por un tiempo que pase de nueve años, el cual, con arreglo al art. 1.314 núm. 4.º del Código civil debería hacerse por documento, público ó privado, y que de otro modo no podría reputarse existente, cualquiera que pudiera ser el valor de la cosa arrendada, sino cuando el contrato esté redactado por escrito. No valdría ciertamente invocar la *lex loci contractus* si ésta dispusiese otra cosa, pues no se trataría de una mera formalidad sino de un requisito esencial para reputar el asunto jurídico existente en nuestro país, donde éste debe ser valedero (a).

Con mayor razón debe admitirse, pues, la autoridad de la *lex rei sitae* en todo lo concerniente á las formalidades requeridas para hacer eficaz el contrato respecto de los terceros. Esto mismo debe decirse, por ejemplo, de la necesidad de la transcripción exigida según la ley italiana (art. 1.392, núm. 5.º) para que el contrato de arrendamiento de inmuebles cuya duración exceda de nueve años, resulte eficaz respecto de los terceros (1).

1.110. El contenido esencial de las obligaciones principales del arrendatario y del arrendador debe ser determinado con arreglo á la *lex loci contractus*, por la que también deberá regirse toda cuestión relativa á la acción de daños, á la resolución del contrato, á la garantía, á las consecuencias de los de-

(a) Según lo prescrito en el núm. 2.º del art. 128 del Código civil español, los arrendamientos por más de seis años habrán de constar en escritura pública siempre que deban perjudicar á tercero. Nuestro Código no exige la forma escrita so pena de nulidad, como el Código italiano en el artículo citado en el texto.

(1) Véase Brocher, *Droit international privé*, t. II, pág. 199.

teriores, de la pérdida, etc., y no hay para qué repetir lo que hemos dicho antes á propósito de las obligaciones que se derivan de la venta. También la cuestión acerca del derecho del arrendatario para subarrendar y ceder su arrendamiento á otro debe determinarse con arreglo á la *lex loci contractus*, y, por tanto, si según esta ley no pudiera aquél tener este derecho cuando en el contrato no haya sido expresamente estipulado, no podría subarrendar alegando que según la *lex rei sitae* le corresponde esa facultad, cuando no le haya sido expresamente vedada en el contrato. La extensión de todo derecho suyo adquirido con el contrato debe, en efecto, depender de la ley contractual.

1.111. Debemos notar, sin embargo, que ciertas disposiciones sancionadas por la *lex rei sitae* para regular algunos hechos jurídicos dependientes del arrendamiento de las cosas, realizados en el territorio en que éstas se hallen, deben ser aplicadas, aunque se haya celebrado el contrato en país extranjero donde sea distinta la ley.

El Código civil italiano, por ejemplo, regula en los artículos 1.589 y 1.590 las consecuencias del incendio de la cosa arrendada y la responsabilidad que de ella puede derivarse, y determina la obligación del arrendatario y la del resarcimiento de los daños entre varios inquilinos que habiten la casa en que haya tenido lugar el incendio (a). No nos parece que deba ponerse en duda que las reglas sancionadas en dichos artículos deben tener autoridad territorial. Tienden éstas, en efecto, á regular el hecho jurídico realizado en el territorio y sus consecuencias y por esto tienen el carácter de leyes territoriales. Por consiguiente, si una casa existente en Italia y perteneciente á un extranjero hubiese sido arrendada por él mediante contrato hecho en país extraño, debería aplicarse, no obstante, la ley italiana para determinar cómo debería repartirse la obligación del resarcimiento del daño entre los inquilinos.

(a) En el Código civil español no existe artículo alguno que taxativamente se refiera á la responsabilidad del arrendatario por causa de incendio; pero debe considerarse comprendida dicha responsabilidad en aquellas á que, en términos generales, se refieren los artículos 1.563 y 1.564.

Esto debe entenderse, por lo demás, en el sentido de que la ley territorial debe ser aplicada con preferencia á la *lex loci contractus* para regular las consecuencias del incendio á falta de pactos especiales expresos en el contrato, por lo que, si el contrato se hubiese hecho en país extranjero y el arrendatario hubiere asumido indeterminadamente todos los peligros á su cargo, y según la *lex loci contractus* debiera entenderse este pacto en el sentido de tener que estar supeditado á todos los infortunios comprendidos en el incendio ocurrido, no obstante la diligencia que acostumbra á usar todo cuidadoso padre de familia (1), no podría pedir que se le eximiera probando dicha diligencia. No puede sostenerse, en efecto, que se trate de ley territorial á la que no pueda faltarse con pacto expreso.

Por la misma razón, si una casa existente en Italia y perteneciente á un francés que la haya dado en arrendamiento mediante un contrato hecho en Francia á inquilinos de diferentes países, y habiendo tenido lugar el incendio surgiese la contienda sobre si éstos debían ser solidariamente responsables del incendio con arreglo á cuanto dispone el art. 1.734 del Código civil francés ó á prorrata solamente de la parte de casa arrendada á cada uno conforme con el art. 1.590 del Código civil italiano, opinamos que habría que atenerse á la *lex loci contractus*; y decimos esto, porque se trataría de la extensión de la obligación asumida por los codeudores obligados. Siempre deberá decidirse con arreglo á la *lex loci contractus* si la obligación asumida por los coobligados es divisible ó solidaria, y á falta de pacto expreso, no nos parece que para resolver esta cuestión deba aplicarse la *lex rei sitae*, sino más bien la del lugar donde las partes celebraron el contrato.

1.112. Nos parece además que cuando transcurrido el término fijado en el contrato de arrendamiento hecho en el extranjero conserve el arrendatario la posesión de la cosa arrendada y se trate de regular las consecuencias jurídicas de la posesión continuada, debería aplicarse la *lex rei sitae*, mejor que la del lugar en que originariamente se estipuló el arrendamiento. Se

(1) Confr. Código civil austriaco, art. 1.106.

trataría, en efecto, de regular las consecuencias del hecho jurídico, que vendría á verificarse en el lugar en que la cosa fuera poseída.

Lo mismo debería decirse si en el contrato hecho en el extranjero no se hubiese estipulado el término del arrendamiento y hubiera que determinarlo según las costumbres locales. Nos parece perfectamente claro que deberá aplicarse también en este caso la ley territorial, porque es siempre en vista de los principios de economía general y de los intereses de la agricultura como fija el legislador la duración del arrendamiento á falta de pacto expreso.

Para resolver cualquiera cuestión en esta materia conviene siempre tener presente que el arrendamiento de inmuebles, aun admitiendo que no dé origen á un derecho real, crea, no obstante, ciertas relaciones entre el arrendatario y la cosa, que deben sujetarse al imperio de la ley territorial, la cual, como puede regular soberanamente las consecuencias que se derivan de la posesión y todo hecho jurídico relativo á las cosas, puede igualmente regular ciertas consecuencias que se derivan del arrendamiento de los inmuebles. De donde se deduce que, considerando que para lo que está en la esfera de la autonomía de las partes todo ha de depender de su intención determinada según la ley que informó primitivamente el contrato, deberá, no obstante, admitirse la autoridad de la ley territorial en todas aquellas relaciones de hecho que conciernen á la cosa y que deben regirse por la *lex rei sitae*, ya para amparar los intereses generales, ya para regular las consecuencias del hecho jurídico, ó para afirmar ciertas circunstancias de hecho. Asimismo podrá admitirse que debe decidirse según la *lex loci contractus*, si el arrendador está obligado, sin necesidad de especial estipulación, á mantener la cosa en estado de servir para el uso en que está arrendada; si el arrendatario, por causa de los deterioros sobrevenidos, puede pedir la rebaja del precio ó la anulación del contrato; si puede ó no cambiar la forma de la cosa arrendada, y cuáles son los derechos adquiridos por él en virtud del contrato acerca de esto; si el contrato de arrendamiento debe ó no reputarse rescindido de pleno derecho por la muerte del arrendador ó por la del

arrendatario; más, por el contrario, deberá aplicarse la *lex rei sitae* para afirmar cuáles son los reparos necesarios, cómo deben llevarse á cabo los reparos urgentes, cuándo puede decirse que se han verificado las molestias que impiden al arrendatario el goce de lo arrendado, cuáles pueden ser las consecuencias de tales hechos aun respecto de los terceros, etc.

1.113. Vamos á examinar ahora lo concerniente á la eficacia del contrato estipulado en país extranjero. Acerca de esto conviene admitir la autoridad de la *lex rei sitae*, en el sentido de que, si una especie dada de arrendamiento no fuese reconocida por la ley del lugar en que se halle la cosa arrendada, el contrato hecho en el extranjero, aunque válido según la *lex loci contractus*, no podría tener eficacia jurídica en oposición á cuanto dispone la *lex rei sitae*. Lo mismo debería decirse de ciertas clases de colonias que no fueren reconocidas por la *lex rei sitae*, por el motivo de que podría servir para establecer ciertos vínculos personales entre arrendador y arrendatario, que la ley territorial repunte en oposición con los principios de orden público ó con los del derecho político territorial.

Debe además reputarse ineficaz el contrato estipulado en el extranjero por un tiempo que pase del máximo consentido según la *lex rei sitae*. Por consiguiente, si se tratase del arrendamiento de un inmueble existente en Italia y se hubiese estipulado la duración del arrendamiento por un tiempo que pasase de treinta años, este contrato sería ineficaz respecto de la duración, pues prohibiendo la ley italiana en el art. 1.571 el arrendamiento por más de treinta años, debe considerarse informada por motivos y principios de interés general, por lo que debe verse en ésta el carácter de ley territorial en lo que fija el término máximo de la duración del arrendamiento. Debe, por tanto, admitirse en principio que las restricciones relativas á la duración del arrendamiento de inmuebles, sancionadas por la *lex rei sitae*, deben reputarse establecidas en interés público y tenerse por imperativas respecto de todos con relación á las cosas existentes en el territorio.

1.114. Puede surgir la duda de si la cuestión, acerca de la reducción del arrendamiento á consecuencia de la pérdida de

la cosecha á que puede tener derecho el arrendatario, debe resolverse de conformidad con la *lex loci contractus* ó con la *lex rei sitae*. Son bastante diferentes las disposiciones legislativas respecto de este punto. Admiten algunos el derecho á la reducción, pero rechazan la compensación entre los años abundantes y los estériles, cuando se haya hecho el arrendamiento por varios años. El Código civil italiano sanciona expresamente la regla en el artículo 1.617 y dispone que puede pedirse una reducción de la renta en el caso de que la pérdida de la cosecha por caso fortuito, no pueda compensarse con las ventajas obtenidas á consecuencia de las anteriores cosechas. Está conforme con la regla prescrita por el legislador francés en el art. 1.769.

Examinando Brocher esta cuestión, opina que se debe aplicar la ley territorial en atención á que la reducción sería consecuencia del hecho jurídico ocurrido en el territorio en que la cosa se halle. Somos de opinión contraria: parecenos, en efecto, que así como la extensión de las obligaciones correlativas y la responsabilidad en caso de incumplimiento deben regirse por la ley bajo la que se obligaron, debe suceder lo mismo respecto de las consecuencias del siniestro y de las eventualidades que puedan disminuir el goce completo de la cosa arrendada. El arrendatario podría asumir ó no, por pacto expreso, todos los peligros y siniestros causados por inundaciones, granizo ú otras calamidades análogas, y dicho pacto sería evidentemente obligatorio aunque dispusiere otra cosa la *lex rei sitae*. Ahora bien, nos parece que cuando las partes hayan contratado bajo el imperio de una ley que regule las consecuencias de las eventualidades desfavorables que puedan ocurrir en el cumplimiento del contrato y no hayan estipulado nada expresamente respecto de los siniestros, deberá admitirse que han querido referirse á la ley contractual para todas las consecuencias que puedan derivarse de dichas eventualidades, y que han querido aceptar tácitamente las precauciones sancionadas por esta ley. Nos parece, por tanto, que sea el caso de sujetarlas á la *lex rei sitae*.

1.115. Otra duda racional puede surgir acerca de la influencia de la venta de la cosa arrendada ocurrida durante el arrendamiento.

El legislador italiano sanciona la siguiente regla en el artículo 1.597: «si el arrendador vende la cosa arrendada, el comprador está obligado á continuar el arrendamiento, cuando sea éste anterior á la venta y conste en documento público ó escritura privada con fecha cierta, siempre que el mismo arrendador no se haya reservado el derecho de rescindir el arrendamiento en caso de venta» (a).

Esta disposición es más lata que la sancionada en el art. 1.733 del Código francés, que, aunque dice «*l'acquireur ne peut expulser*» se ha entendido en un sentido más restringido, esto es, aplicable sólo en la hipótesis de que se halle el arrendatario en el goce actual de la cosa arrendada. El legislador ha ido aun más allá admitiendo en el art. 1.598 que, aun cuando falte el documento público ó privado con fecha cierta, el arrendatario que se halle en posesión de la finca arrendada y sea su posesión anterior á la venta, puede continuar por todo el tiempo que deban considerarse hechos los arrendamientos sin plazo determinado. En cambio, en los países en que estaba vigente la famosa constitución *emptorem* del emperador Alejandro, prevalecía la regla distinta, siendo concedida al comprador la rescisión del contrato de arrendamiento.

¿Cuál debe ser la autoridad de dichas disposiciones legislativas? ¿Debe atribuirse el carácter del estatuto real en el artículo 1.597 del Código civil italiano, y en el 1.743 del Código civil francés?

(a) En lo que se refiere á los derechos que al arrendatario confiere el contrato de arrendamiento, especialmente respecto de terceros, contiene nuestro Código civil muchas y muy acertadas disposiciones.

El art. 1.549 establece que no surtirán efecto respecto de tercero los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen inscritos debidamente en el Registro de la propiedad.

Respecto de los derechos del comprador, aunque el art. 1.571 le atribuye el derecho á que termine el arrendamiento vigente al verificarse la venta, lo hace salvando lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, la cual en sus artículos 2.º, 24, 25, 34 y otros, parece que se opone á la rescisión de todo contrato inscrito, cualquiera que sea la causa que se alegue á no estar expresamente exceptuada, y no lo está la de venta respecto del arrendamiento.

Para resolver esta cuestión conviene examinarla distinguiendo bien los dos puntos de vista, esto es, el que concierne á las relaciones entre arrendador y arrendatario, y que afecta á las relaciones entre comprador y arrendatario.

Desde el primer punto de vista, debe admitirse que todo debe depender de la ley bajo cuyo imperio se celebró el contrato de arrendamiento. En efecto, así como debe decidirse con arreglo á ésta sobre las causas relativas á la rescisión del contrato, debe suceder lo mismo cuando llegue el caso de decidir sobre si el arrendador puede ó no alegar el derecho de rescindir el arrendamiento en caso de venta, en qué condiciones puede alegar este derecho y si puede reputarse necesario para ello el pacto expreso.

Respecto del comprador, no puede sostenerse que pueda alegar el arrendatario, en virtud de la ley contractual, el derecho de que se le mantenga en el goce de la cosa arrendada, pues siendo el comprador un tercero respecto de él, y no habiendo tomado parte en el contrato celebrado entre el enajenante y el arrendatario, no puede estar obligado á reconocer y respetar los derechos adquiridos por el uno respecto del otro en virtud del contrato, á no ser que se haya expresamente obligado á ello al estipular la compra del predio arrendado. Por consiguiente, si con arreglo á la *lex rei sitae* pudiera negarse el comprador, en virtud del *jus in re* adquirido, á respetar el arrendamiento hecho por el enajenante con anterioridad á la venta, no podría oponerse á ello el arrendatario no obstante haber estipulado el contrato de arrendamiento bajo el imperio de una ley que disponga otra cosa, y aunque se haya pactado expresamente que sea mantenido en el disfrute de la cosa, no obstante la enajenación del fundo arrendado. En efecto, en virtud del pacto tácito ó del pacto expreso, podría él ejercitar la acción contra el enajenante, el cual, existiendo una obligación personal, debería someterse á todas las consecuencias del incumplimiento, y por tanto, también respecto de esto debería aplicarse la ley contractual.

Por último, cuando el derecho que tiene el arrendatario á que se le mantenga en el goce de la cosa arrendada le sea atribuido según la *lex rei sitae*, podría él alegar este derecho aunque se haya celebrado la venta bajo el imperio de una ley que

disponga otra cosa y atribuya al comprador el derecho de no respetar el arrendamiento. Decimos esto, por la razón de que la ley del Estado, en cuanto regula las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del arrendamiento ó de la posesión de la cosa arrendada, cuando den origen á derechos oponibles á los terceros, debe tener autoridad territorial *erga omnes* con relación á las cosas existentes en el territorio de dicho Estado.

Para sostener esta opinión no hay necesidad de admitir que el arrendatario adquiere el *jus in re* según la *lex rei sitae*, pues, aun rechazando completamente esta opinión y demostrando que el arrendatario no puede alegar derecho alguno real sobre la cosa arrendada y que sólo le corresponde la acción personal contra el que esté obligado á conservar el goce de ella, no puede desconocerse que una disposición legislativa conforme con la sancionada en los artículos 1.597 y 1.598 del Código civil italiano (1.743 del Código civil francés) tiene el carácter de ley territorial imperativa *erga omnes*, por la razón de que ésta tiende á regular las consecuencias jurídicas del arrendamiento en interés público de la agricultura.

No puede, en efecto, ponerse en duda que el legislador, cuando ha querido que sea respetado el contrato de arrendamiento con fecha cierta, no obstante la venta de la cosa arrendada, la permuta, la donación, la cesación del usufructo, etc., ha procurado asegurar á los arrendatarios á fin de que no estén expuestos á las vicisitudes de las traslaciones de dominio y ha querido obviar dicho peligro, porque subsistiendo éste habría podido impedir á los arrendatarios que empleasen los capitales necesarios para hacer más productivas las fincas que tienen en arrendamiento, con grave detrimento de los intereses de la agricultura y de la riqueza pública. Descubriendo, pues, en tales disposiciones legislativas el carácter propio de leyes de interés social, resulta evidente que el arrendatario puede invocar su aplicación por el solo motivo de que las relaciones entre él y la cosa arrendada, viniendo á establecerse bajo el imperio de la *lex rei sitae*, deben ser regidas por ésta en cuanto lo que interesan al derecho social.

1.116. Con arreglo á los mismos principios debe resolverse toda cuestión relativa al derecho que pueda corresponder al ad-

quirente para expulsar al arrendatario. Al regular el legislador los derechos que tiene el vendedor que, en virtud de pacto de retro, vuelve á entrar en posesión de la finca, dispone en el artículo 1.528 que éste está obligado á continuar los arrendamientos hechos sin fraude por el comprador, con tal que estén convenidos por un tiempo que no pase de un trienio. Y no dudamos que pueda el arrendatario fundar, con razón, en tal disposición legislativa, su derecho á ser mantenido en el disfrute del arrendamiento (a).

En el Código neerlandés se dispone en el art. 1.612 que la venta de la cosa arrendada no disuelve el contrato de arrendamiento anterior, salvo el caso de expresa reserva en el contrato, y se añade que cuando el arrendatario haya expresamente estipulado que obtendría una indemnización en caso de disolución del contrato de arrendamiento á consecuencia de la venta, no tiene obligación de dejar la cosa arrendada, sino cuando se le haya satisfecho la indemnización que se le deba. En virtud de este principio debe admitirse que tiene el arrendatario un derecho de retención, y así como no podría privársele de la posesión sino de conformidad con la *lex rei sitae*, del mismo modo puede sostenerse también en este caso, que pueda él fundar en la ley territorial su derecho de retener la cosa arrendada hasta que se le abone la indemnización que se le deba.

§ 2.º

Del arrendamiento de servicios.

1.117. Del arrendamiento de servicios y de industria en las relaciones con la ley que debe regularlo.—**1.118.** Cómo debe determinarse la naturaleza propia de este contrato.—**1.119.** Eficacia de los convenios por parte de los domésticos y operarios.—**1.120.** De la prueba de este contrato.—**1.121.** Del contrato de transporte de personas ó de cosas.—**1.122.** Cómo debe determinarse la autoridad respecto del contrato y

(a) Véase la nota (a) puesta al núm. 1.115. Idéntico precepto al italiano citado en el texto, contiene el Código civil español en su artículo 1.572.

de la forma de éste.—**1.123.** De la responsabilidad del empresario y del valor de los reglamentos.—**1.124.** Cuándo deben reputarse ineficaces los contratos impresos.—**1.125.** Cuestiones sobre el cumplimiento del contrato de transporte.—**1.126.** Principios concernientes á los contratos de los empresarios de obras por adjudicación.

1.117. El arrendamiento de servicios y de industria consiste, generalmente, en el convenio en virtud del cual se obliga una de las partes á hacer para la otra una cosa dada mediante un salario pactado.

Tres son las principales clases de este contrato, á saber:

La que consiste en la obligación contraída por una persona de prestar su propio trabajo al servicio de otras;

La que consiste en la obligación contraída por un empresario de transportes públicos, de transportar, así por tierra como por agua, á las personas ó las cosas;

La que consiste en la obligación contraída por una de las partes de hacer ó prestar para la otra una obra ó trabajo determinado mediante un salario pactado; clase que denota cualquier forma de empresa de obras por adjudicación ó destajo.

En todo lo que puede considerarse dentro de la autonomía de las partes, conviene tener presente, por regla general, que las relaciones que pueden establecerse mediante esta clase de contratos deben regirse por la ley bajo la que se obligaron las partes, la cual debe determinarse teniendo en cuenta su intención expresa ó presunta. Pero, así como resulta de la naturaleza de las cosas que no puede ser eficaz este contrato sino en el lugar en que el servicio debe prestarse, así habrá que admitir también la autoridad de la ley que allí impere en todos los casos en que ésta, por razones de orden público, limite respecto de esto la autonomía de las partes y los pactos relativos á la libertad individual.

1.118. En lo concerniente á la naturaleza propia de este contrato, conviene, ante todo, referirse á la ley bajo cuyo imperio se hace perfecta la obligación y, por tanto, deberá decidirse con arreglo á ella sobre si se ha estipulado una *locatio operarum* ó una *locatio operis*, ó si se trata, por el contrario, de un simple mandato con retribución. La diferencia entre el simple arrendamiento

miento de las obras ó de los servicios (*locatio operarum*) y el arrendamiento de una obra determinada (*locatio operis*), fué establecida principalmente por los juristas romanos, y conviene tenerla presente para determinar la naturaleza de las obligaciones y la extensión de las mismas, habida consideración al riesgo, al peligro, á la responsabilidad, etc., que son muy distintas en una ú otra forma de arrendamiento.

Acerca de esto debe reputarse decisiva la intención de las partes, y determinada por las circunstancias. Si éstas quisieron estipular el arrendamiento del trabajo personal, es decir, los servicios prestados en los diferentes momentos de la duración del convenio, habrá que considerar el contrato como una *locatio operarum*, y como objeto de éste las obras y los servicios prestados por el que se haya obligado á trabajar ó á servir. Si, por el contrario, quisieron las partes estipular el arrendamiento de una determinada obra, convendrá mirar como objeto del convenio, la obra terminada, considerándola como resultado ó trabajo concluído y perfecto (*locatio operis*), y, por tanto, rechazar toda divisibilidad de la obligación, pues siendo objeto del contrato la consumación de toda la obra, no podría reputarse cumplida aquélla sino cuando la obra, como trabajo concluído, esté realizada en su totalidad.

No es este el lugar más oportuno para exponer la diferencia entre las obligaciones que se derivan de una ú otra forma de arrendamiento de obras, porque nos saldríamos fuera de la esfera propia de este tratado; pero así como son notables estas diferencias y las consecuencias que de ellas se desprenden, así también conviene establecer cuidadosamente la naturaleza del contrato para determinar aquélla y la extensión de las obligaciones que se derivan del mismo.

La duda sobre si el convenio puede considerarse más bien como un mandato con retribución que como un propio y verdadero arrendamiento de obras, puede surgir respecto de determinadas empresas, como son, por ejemplo, las obras de arte, y conviene además resolver esta duda, examinando todas las circunstancias y la intención de las partes, por ser también notables las diferencias que se derivan del hecho de aquél que se ha

obligado por su propio trabajo al servicio de otro por precio ó salario, y el hecho del que, teniendo el encargo de realizar un asunto con remuneración, se ha obligado á ello (1).

Puede haber también ciertas formas de convenios sin contrato especial, en vista de los que preste uno servicios que suelen pagarse y deben considerarse como contratos innominados. Otro tanto puede decirse de ciertas profesiones lícitas, como por ejemplo, el oficio de los agentes, y conviene siempre referirse á la ley vigente en el país en que dichos servicios se presten, para decidir acerca de la naturaleza de tales relaciones y del derecho, correspondiente al que presta servicio, de exigir el salario conveniente.

1.119. Tocante á la primera clase de arrendamiento de obras, esto es, á aquél por el cual se obligan las personas con su propio trabajo en servicio de otro, como ocurre con los domésticos y operarios, haremos notar que, cualquiera que pueda ser la ley bajo la que se haya celebrado tal contrato, no podrá ser eficaz en otro país sino con las limitaciones sancionadas por el legislador de éste por razones de orden público.

El legislador italiano consigna en el art. 1.628 la misma regla que se halla sancionada en el 1.680 del Código civil francés, esto es, la de que nadie puede obligarse con su propio trabajo al servicio de otro sino por tiempo ó para una determinada empresa, y no hay para qué demostrar que dicha disposición está fundada en el derecho público territorial que ampara la libertad individual (a).

Resulta claro, por tanto, que ningún contrato hecho en el

(1) Los civilistas han discutido sobre si el ejercicio de las profesiones liberales puede ser asimilado á un mandato con retribución. Véase Troplong, núm. 791 y siguientes; Marcadé, art. 1.779. A decir verdad, no nos parece que el hecho del que haya asumido la defensa de una persona ó haya prometido curar á un enfermo, pueda ser equiparado con el contrato de arrendamiento de obras ó con el de mandato.

(a) Aunque en forma distinta, establece lo mismo el Código civil español en su art. 1.583 al consignar que «el arrendamiento (de trabajo ó servicios) hecho por toda la vida es nulo».

extranjero entre operarios ó sirvientes y patronos podría ser eficaz en Italia si implicase la renuncia para siempre de la libertad, sino que debería tenerse por nulo y de ningún valor ni efecto por motivo de ser la causa ilícita (arts. 1.119 y 1.122) (a).

1.120. En lo que concierne á la prueba de este contrato, puede admitirse en principio que los medios de prueba deben ser determinados con arreglo á la ley bajo la cual se haya celebrado. Puede, por lo demás, surgir alguna duda acerca de esto en el caso en que la ley extranjera admita principios excepcionales en materia de prueba con relación á dichos contratos.

Por el artículo 1.781 del Código civil francés, se hallaba sancionada, en efecto, una regla completamente excepcional y contraria al derecho común, esto es, que el patrono tiene el derecho de ser creído por su mera afirmación en lo concerniente al importe del salario, al pago de éste y á las cantidades dadas á cuenta. A consecuencia de esta disposición, el sirviente no podría ser admitido á probar con testigos el importe del salario que reclama, á pesar de que sea admisible la prueba testifical. Y no puede sostenerse que el Tribunal de otro país pueda reconocer el derecho que alegue el patrono de que se le crea por su mera afirmación aunque invoque la aplicación de la *lex loci contractus*, pues las disposiciones excepcionales que sean contrarias al derecho común y sancionen la desigualdad jurídica, no pueden tener autoridad extraterritorial, y principalmente en los países en los que, según el derecho público, se halle establecido el principio de la igualdad jurídica (b).

El art. 1.781 del Código francés ha sido derogado por la ley del 2 de Agosto de 1868, precisamente porque se reconoció

(a) Esta misma doctrina establece el Código civil español en su artículo 1.275.

(b) El legislador español, en el artículo 1.584 del Código civil, ha adoptado en esto un criterio, que si no es tan injusto como el precepto citado del Código holandés, que estipula que debe creerse lo que *bajo juramento* declare el amo ó patrono, establece una desigualdad irritante al cargar la prueba al criado ó dependiente, debiendo creerse por su palabra al amo si el criado no suministrase prueba en contrario.

que hería la igualdad jurídica de los ciudadanos, y también en el belga la disposición análoga fué derogada por la ley del 10 de Julio de 1883, pero está todavía consagrada en el Código neerlandés en el art. 1.638. Por lo que conviene tener presente que, si se hallase en Italia una persona de los Países Bajos y la cuestión entre él y su servidor se llevase ante los Tribunales italianos, éstos no podrían establecer que fuese creído el patrono por su mera afirmación y que el sirviente no pudiera ser admitido á probar con testigos su aserto, en los casos en que no pueda rechazarse la prueba testifical. No puede darse el caso de invocar la regla general de las obligaciones creadas bajo el imperio de la ley extranjera, pues cualquiera ley que establezca la desigualdad jurídica enfrente del derecho civil, no podría ser reconocida en nuestro país, porque sería contraria al derecho público territorial que consagra el principio de la igualdad de todos ante la ley.

1.121. La segunda clase de arrendamiento de las obras, es la de los empresarios de transportes públicos que se encargan de portear las personas y las cosas tanto por tierra como por agua.

No nos proponemos tratar en este lugar de todas las cuestiones que se relacionan con el contrato de transporte, porque habrán de ser objeto de estudio más especial en la Segunda Parte de esta obra, relativa al derecho comercial internacional. Nos limitaremos, por tanto, á exponer en general los principios culminantes que conciernen á dicho contrato desde el punto de vista de la ley que debe regular su perfeccionamiento y su ejecución. Las relaciones que se desprenden de él se hallan sujetas naturalmente á distintas leyes, pues los transportes internacionales de personas, cartas, valores ó cosas, deben cumplirse en distintos países, y además del punto de partida y de llegada, hay también los puntos intermedios en los cuales pueden desenvolverse naturalmente ciertas consecuencias jurídicas del mencionado asunto.

1.122. Una distinción fundamental para determinar la autoridad de la ley, consiste en discernir cuidadosamente cuanto se refiere á los derechos y obligaciones contractuales y personales entre el empresario del transporte y el remitente, y todo

aquello que se relaciona con el cumplimiento del contrato celebrado entre ellos.

Para todo lo tocante á los derechos y obligaciones contractuales, la responsabilidad en caso de pérdida, de deterioro, de averías, y también en lo que concierne á la naturaleza misma del contrato, á la naturaleza y extensión de las recíprocas obligaciones y á las condiciones en que deba admitirse ó rechazarse el derecho de resarcimiento del daño, etc., todo ello habrá de ser regido por la ley bajo cuyo imperio deba considerarse celebrado el contrato. Deberá, por tanto, decidirse con arreglo á dicha ley si la empresa de transporte puede ser considerada como un verdadero arrendamiento de trabajo, y, como tal, estar sujeta á las reglas que le conciernen, ó si por el contrario debe ser considerada como un contrato innominado y, como tal, sujeto á reglas especiales.

Así, por ejemplo, el Tribunal de Florencia, en sentencia de 20 de Febrero de 1873, ha sostenido que el servicio prestado por las sociedades de ferrocarriles al transportar la correspondencia, no puede considerarse ni como arrendamiento de servicios ni como mandato, sino que pertenece á la clase de los contratos innominados, y como tal debe regirse por las leyes especiales sancionadas por el legislador. Este concepto ha podido sostenerse con razón en Italia, porque el servicio postal se ejerce directamente por el Gobierno; pero puede considerarse de diverso modo en otro país en donde, según la ley, pueda admitirse la libre concurrencia por parte de los particulares para prestar este servicio.

Por lo que se refiere á la forma del contrato de transporte, á sus condiciones fundamentales y á sus medios de prueba, conviene atenerse también á la ley del país en donde se incoa la cuestión jurídica. Así, pues, deberá decidirse de este modo si el contrato puede considerarse concluído tácitamente y cuándo, y si la prueba respecto de las cosas consignadas puede ser testifical ó es indispensable que sea escrita.

1.123. La obligación impuesta al empresario del transporte de custodiar y conservar las cosas á él confiadas y de responder de su pérdida, se deriva de la naturaleza misma de

este contrato y no puede sostenerse que tales obligaciones puedan eliminarse por completo. La gran dificultad en esta materia consiste en determinar la extensión de las obligaciones de este empresario y de su responsabilidad. ¿Hasta qué punto debe considerarse obligado á responder de la pérdida, de los deterioros y mermas y de las averías de las cosas que se le han confiado? Las partes podrán, sin duda, determinar todo esto mediante pactos expesos, pero ordinariamente no sucede así, por lo cual hay que acudir á la ley vigente en el país en que la mercancía se ha entregado al empresario del transporte y determinar según ella la extensión de las obligaciones y responsabilidades, debiendo ajustarse el servicio convenido á las condiciones establecidas por la ley y tácitamente aceptadas por las partes.

Esta teoría ha sido establecida como doctrina por el Tribunal de casación francés en su sentencia de 23 de Febrero de 1864 (1); pero sostiene también el Tribunal, que tratándose de contrato de transporte celebrado en una posesión inglesa entre un viajero francés y una compañía británica, podría pedir la compañía que se la eximiese de la responsabilidad de la pérdida del equipaje del viajero, por virtud de una advertencia fijada en el talón que le entrega, y que esta cuestión debe resolverse de conformidad con la ley inglesa.

¿Qué influencia pueden tener los reglamentos y las condiciones fijadas por los empresarios en los talones de transporte, cuando haya que determinar la responsabilidad de los mismos en caso de pérdida? Por regla general, puede sostenerse que como las convenciones dentro de los límites en que puede aplicarse la autonomía de las partes deben tener fuerza de ley, no puede negarse que los pactos, expresa ó tácitamente hechos respecto del transporte, deben regular las obligaciones respectivas asumidas por aquéllas. Debe, pues, admitirse como regla general, que no sólo ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por la ley del lu-

(1) *Journal du Palais*, 1864, pág. 225. Confr. Cass. franc. 26 de Marzo de 1890, *ibid.*, 1891, pág. 715; *idem*, 1872; Dalloz, 1872, I, 224; Cass. de Nápoles, 28 Junio 1871, *Gazz. del procur.*, 1871 á 72, pág. 367.

gar en que el contrato tuvo origen (esto es, donde la mercancía se entregó al empresario ó el viajero emprendió su viaje), sino también que los reglamentos debidamente publicados por las empresas, y las condiciones fijadas en los talones impresos y de las que están obligados á enterarse los interesados, constituyen la ley de las relaciones contractuales, y que los Tribunales deben tenerlas en cuenta para decidir las cuestiones.

Sostenemos este principio, pero haciendo en él ciertas reservas, siendo la primera que los reglamentos y las condiciones fijadas por las empresas, estén dentro de los límites de las facultades que se les han concedido por la respectiva ley, y que no contengan cláusulas prohibidas por ésta.

1.124. Otra reserva es la de que el talón impreso no implique la negación de los principios de la justicia natural y del derecho. Tal sería, por ejemplo, en este caso el hecho de no limitarse á fijar sólo la forma de la responsabilidad de la empresa, sino á excluir por completo toda responsabilidad por parte de ésta en cualquier caso de pérdida, de averías ó de deterioro, no obstante mediar culpa ó negligencia.

No parece, en efecto, que en tal caso pueda ser suficiente invocar la *lex loci contractus*, en el supuesto de que ésta deje tan extensa libertad al empresario que le autorice á conculcar arbitrariamente los principios de la equidad y del derecho común, porque una ley que justificase tan arbitrarias condiciones impuestas al comercio internacional no podría tener autoridad en otros países en que la responsabilidad de las empresas de transporte puede ser limitada mediante reglamentos respecto de las formalidades, pero no dejarla en absoluta libertad en todos los casos. No podría, por tanto, el empresario, á juicio nuestro, sostener ante los Tribunales italianos ó franceses que debía aplicarse la ley extranjera (en el supuesto de que pudiera considerarse á ésta en oposición con los principios de orden público), para quedar exento de toda responsabilidad.

La grande importancia de los transportes internacionales ha evidenciado la necesidad de establecer reglas uniformes de derecho común para determinar la base y la extensión de la responsabilidad de las empresas de transportes, y se llegará sin duda á

concordar un reglamento internacional en este sentido y á evitar muchas dudas y casos de conflicto (1).

Sin embargo, hasta que se establezca un derecho común, entendemos que deben considerarse, por regla general, como decisivas las condiciones establecidas por las empresas en sus talones, pero sin que pueda prevalecer siempre y de un modo absoluto el hecho de haber fijado una condición cualquiera en dichos talones para sostener que, debiendo considerarse aquélla tácitamente aceptada por el que consignó la mercancía ó emprendió el viaje, deba considerarse como ley de las relaciones contractuales, y servir de norma á los Tribunales para sus decisiones. Con más razón podrá sostenerse que debe considerarse contrario al orden público, el atribuir eficacia á convenciones que conculcan el derecho común y los principios de equidad y de justicia.

1.125. La ley del lugar á donde la mercancía consignada debe ser transportada para remitirla al destinatario, es la que debe aplicarse para resolver las cuestiones relativas á la ejecución del contrato, y conviene tener en cuenta aquella ley y las costumbres vigentes en el lugar de destino para resolver las contiendas que puedan surgir á propósito del modo de realizar la entrega. Deberá, pues, decidirse con arreglo á dicha ley y á dichas costumbres, cuándo podrá considerarse terminada por parte de la empresa la ejecución del contrato; pues si, por ejemplo, está obligada á verificar la entrega de la mercancía en el domicilio ó en los almacenes del destinatario y á efectuarla al mismo, la ejecución del contrato de transporte no podrá considerarse cumplida por parte de la empresa, cuando por los medios ordinarios hubie-

(1) A consecuencia de las insolubles dificultades de los transportes internacionales surgidas con motivo de la guerra franco-prusiana, nació la idea de redactar un Reglamento internacional para los transportes, á fin de tener un derecho uniforme, siendo sus promovedores Mr. De Signeux, de Ginebra, y el Doctor Christ, de Basilea. V. la Conferencia de Berna, el Congreso de París de 1878; Hovy, *Quelques observations sur l'urgent d'un reglement internat.*, etcétera, en la *Revue de Droit intern.*, 1877, pág. 380. La deliberación del Instituto de Derecho internacional en la reunión de Zurich, 1877; la ponencia de Bulmering, en la Revista citada, 1878, pág. 83.

se transportado la mercancía, sino cuando ésta hubiese llegado al destinatario; y por consiguiente, la responsabilidad, la obligación de la custodia, la indemnización, etc., á que pueda estar obligado por virtud de la *lex loci contractus*, subsistirá hasta el momento de la ejecución del contrato, que no podrá considerarse perfeccionado con el transporte de la mercancía al país del destinatario, sino con la entrega de la misma á aquel á quien vaya consignada.

Sostenemos, pues, que sólo para las cuestiones especiales que se refieren al modo de ejecución del contrato es como puede aplicarse la ley del lugar de destino. No faltan, sin embargo, autores, que fundándose en la consideración de que el transporte viene á quedar perfeccionado en el lugar á donde la mercancía va dirigida ó á donde se dirige el viajero, han opinado que el contrato ha de considerarse hecho en el lugar de destino, porque las partes han debido referirse al país en donde la obligación contractual debe cumplirse, y que la responsabilidad y extensión de la obligación contraída mediante el contrato, han de determinarse por la ley del lugar de destino. Esta fué la teoría en que el Tribunal de Aix se fundó para admitir que debía aplicarse la ley francesa para regular la responsabilidad del empresario por la pérdida del equipaje de un viajero, porque el lugar de destino era francés, sin que obstase que la obligación de transporte se hubiese contraído en una posesión inglesa (1). Nosotros entendemos, por el contrario, que según los principios generales, para todo lo que se refiere á la obligación contraída mediante el contrato, á su extensión, á su naturaleza, y para determinar la responsabilidad del obligado no podía aplicarse otra ley que la vigente allí donde nació la obligación, y que la del lugar del destino únicamente podía ser aplicada para regular el modo de la ejecución y todas las cuestiones especiales que se relacionen con el modo de efectuar la entrega.

1.126. La tercera y última especie de arrendamiento de trabajo y servicios es la de los empresarios de obras á destajo.

(1) V. la sentencia del Tribunal de Aix, en el *Journal du Palais*, 1864, pág. 225.

Consiste aquél en el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga á hacer ó prestar á otra un trabajo ó servicio determinado mediante la cantidad pactada.

También debe aplicarse á este contrato la regla general de que debe resolverse según la ley del lugar en que se estipuló toda cuestión concerniente á la naturaleza del contrato mismo y á la extensión de las obligaciones recíprocas y de la responsabilidad, en el caso de que la cosa perezca, y de las condiciones en que puede resolverse ó anularse la convención; y que debe aplicarse la ley del lugar en donde deba efectuarse el trabajo cuando se trate de cuestiones que se refieran á la ejecución del contrato y á las consecuencias que pueden derivarse del modo de su ejecución, y, sobre todo, en las relaciones con terceros y con las leyes territoriales que tengan el carácter de leyes de policía ó de orden público.

Respecto de la naturaleza del contrato, debe, ante todo, decidirse con arreglo á la ley del país donde la convención se llevó á cabo, si ésta tiene el carácter de arrendamiento de obra ó si, por el contrario, fuese venta de trabajo ó contrato mixto. Conviene determinar exactamente la naturaleza verdadera y propia del contrato con arreglo á la ley bajo la cual se obligaron las partes, pues serían diversos los principios aplicables á aquél si se tratase de una venta pura y simple de una cosa futura, ó, por el contrario, de un alquiler de obra, y sobre todo en caso de pérdida de la cosa. En efecto, cuando se pueda sostener, atendiendo á las circunstancias, que las partes han concluido la venta pura y simple de cosa futura, el empresario no podrá hacer valer ninguno de los derechos que le corresponderían si se tratase de arrendamiento de obras ó servicios, y como hasta la terminación de ésta y su entrega permanecería siendo propietario de todo, hasta que el trabajo ó la cosa se hubiese entregado no se habría perfeccionado el contrato, y si la cosa pereciese de cualquier modo antes de ser entregada, la pérdida sería de su cuenta lo mismo que en el caso de venta.

Aun suponiendo que el contrato tenga el carácter verdadero y propio de arrendamiento de obras ó servicios, deberá tenerse en cuenta la *lex loci contractus* para determinar la extensión de

las obligaciones recíprocas asumidas por las partes contratantes; pero como la entrega y las circunstancias bajo las cuales puede la empresa constituirse en mora, sólo pueden efectuarse donde la obra haya de hacerse ó entregarse, es indudable que deberá tenerse en cuenta la ley allí vigente para resolver las cuestiones relativas á estos puntos.

Tratándose de la construcción de un edificio ó de otra obra análoga, conviene referirse á la ley territorial en todo aquello que ésta disponga por razón de policía ó de orden público, como por ejemplo, en lo concerniente á la responsabilidad del arquitecto ó del empresario en caso de ruina ó de arrendamiento del edificio construído (1).

Sostenemos, por último, que puede aplicarse la ley territorial respecto de los derechos relativos á los obreros empleados en la construcción del edificio. Con arreglo al art. 1.645 del Código civil italiano, concordante con el 1.798 del francés (a), los obreros pueden ejercitar su acción contra el comitente de los trabajos por el débito que aquél tenga con el empresario en el momento en que incoen su acción. Parece indudable que dicha disposición puede invocarse útilmente para determinar los derechos de los trabajadores empleados en la construcción de un edificio en Italia ó en Francia, puesto que aquélla regula los derechos correspondientes á los que prestan su trabajo como artesanos en el lugar sometido al imperio de la citada ley.

(1) Confr. art. 1.792 del Código civil francés y el 1.639 del austriaco.

(a) Aunque en distinta forma, contiene la misma disposición en el fondo el art. 1.597 del Código civil español.

CAPÍTULO IV

Del contrato de sociedad.

1.127. De las diversas formas de sociedad y de sus relaciones con las leyes.

1.128. Objeto del tratado.—**1.129.** Bajo qué respecto debe atribuirse autoridad á la ley del país en que la sociedad esté constituida.—**1.130.** Decisión del Tribunal de casación francés.—**1.131.** Justas limitaciones de la ley extranjera bajo la cual se concluyó el contrato de sociedad.—**1.132.** Ley que debe regir las relaciones recíprocas de los asociados y de los accionistas.—**1.133.** Autoridad de la ley del país en donde la sociedad realiza sus operaciones.—**1.134.** Cómo debe determinarse el carácter de una sociedad extranjera y cuándo puede reputarse lícita.—**1.135.** Determinación de la autoridad de la *lex loci contractus* y de la ley territorial.—**1.136.** De la administración de los asuntos sociales en sus relaciones con la ley.—**1.137.** Los terceros pueden siempre invocar la aplicación de la ley territorial.—**1.138.** Debe decidirse con arreglo á ésta cuando las acciones pueden ser comerciales.—**1.139.** Se consignan los principios relativos á los actos de administración en su relación con la sociedad, y con las obligaciones de los socios, y con los extraños á la sociedad.—**1.140.** Forma del contrato de sociedad.

1.127. Contrato de sociedad es aquel mediante el cual dos ó más personas convienen en poner alguna cosa en común, con objeto de repartirse las ganancias que obtengan del negocio.

El efecto inmediato de este contrato es el de dar vida á una entidad jurídica reconocida por la ley como tal, y que se forma por los socios unidos y toma la cualidad de persona, y obrando como tal, contrae obligaciones respecto de terceros y ejercita en nombre propio derechos y acciones que son por sí mismos distintos de los que pertenecen á los individuos que forman esta entidad denominada sociedad.

Teniendo en cuenta la forma de los pactos celebrados para

las obligaciones recíprocas asumidas por las partes contratantes; pero como la entrega y las circunstancias bajo las cuales puede la empresa constituirse en mora, sólo pueden efectuarse donde la obra haya de hacerse ó entregarse, es indudable que deberá tenerse en cuenta la ley allí vigente para resolver las cuestiones relativas á estos puntos.

Tratándose de la construcción de un edificio ó de otra obra análoga, conviene referirse á la ley territorial en todo aquello que ésta disponga por razón de policía ó de orden público, como por ejemplo, en lo concerniente á la responsabilidad del arquitecto ó del empresario en caso de ruina ó de arrendamiento del edificio construído (1).

Sostenemos, por último, que puede aplicarse la ley territorial respecto de los derechos relativos á los obreros empleados en la construcción del edificio. Con arreglo al art. 1.645 del Código civil italiano, concordante con el 1.798 del francés (a), los obreros pueden ejercitar su acción contra el comitente de los trabajos por el débito que aquél tenga con el empresario en el momento en que incoen su acción. Parece indudable que dicha disposición puede invocarse útilmente para determinar los derechos de los trabajadores empleados en la construcción de un edificio en Italia ó en Francia, puesto que aquélla regula los derechos correspondientes á los que prestan su trabajo como artesanos en el lugar sometido al imperio de la citada ley.

(1) Confr. art. 1.792 del Código civil francés y el 1.639 del austriaco.

(a) Aunque en distinta forma, contiene la misma disposición en el fondo el art. 1.597 del Código civil español.

CAPITULO IV

Del contrato de sociedad.

1.127. De las diversas formas de sociedad y de sus relaciones con las leyes.

1.128. Objeto del tratado.—**1.129.** Bajo qué respecto debe atribuirse autoridad á la ley del país en que la sociedad esté constituida.—**1.130.** Decisión del Tribunal de casación francés.—**1.131.** Justas limitaciones de la ley extranjera bajo la cual se concluyó el contrato de sociedad.—**1.132.** Ley que debe regir las relaciones recíprocas de los asociados y de los accionistas.—**1.133.** Autoridad de la ley del país en donde la sociedad realiza sus operaciones.—**1.134.** Cómo debe determinarse el carácter de una sociedad extranjera y cuándo puede reputarse lícita.—**1.135.** Determinación de la autoridad de la *lex loci contractus* y de la ley territorial.—**1.136.** De la administración de los asuntos sociales en sus relaciones con la ley.—**1.137.** Los terceros pueden siempre invocar la aplicación de la ley territorial.—**1.138.** Debe decidirse con arreglo á ésta cuando las acciones pueden ser comerciales.—**1.139.** Se consignan los principios relativos á los actos de administración en su relación con la sociedad, y con las obligaciones de los socios, y con los extraños á la sociedad.—**1.140.** Forma del contrato de sociedad.

1.127. Contrato de sociedad es aquel mediante el cual dos ó más personas convienen en poner alguna cosa en común, con objeto de repartirse las ganancias que obtengan del negocio.

El efecto inmediato de este contrato es el de dar vida á una entidad jurídica reconocida por la ley como tal, y que se forma por los socios unidos y toma la cualidad de persona, y obrando como tal, contrae obligaciones respecto de terceros y ejercita en nombre propio derechos y acciones que son por sí mismos distintos de los que pertenecen á los individuos que forman esta entidad denominada sociedad.

Teniendo en cuenta la forma de los pactos celebrados para

constituirlas, el objeto de cada una de ellas y la naturaleza de las operaciones para que se han establecido, son diversas las sociedades y están sometidas, como tales, á diferentes normas legislativas que determinan las condiciones de existencia de cada una y regulan sus funciones y todas las relaciones que de ellas puedan derivarse entre los mismos asociados y los terceros. Las formas principales y más importantes de la sociedad son las establecidas para realizar operaciones comerciales y se rigen por las reglas sancionadas en los Códigos de comercio. Por la naturaleza misma de las operaciones comerciales, necesitan funcionar en países diversos y ponerse en relación con las leyes que en cada país imperan, y por consiguiente, ofrecen la más vasta serie de cuestiones desde el punto de vista de la autoridad que puede tener cada ley respecto de las condiciones de existencia de cada sociedad y de las funciones que pueden ejercer en los diversos países en que realizan operaciones y actos de comercio.

1.128. No es nuestro propósito ocuparnos en este lugar de todas las formas de sociedad, pues siendo nuestro objeto tratar aparte todo lo concerniente á la autoridad de las leyes mercantiles y los principios para resolver los conflictos entre las mismas, debemos dejar para su lugar oportuno todo lo concerniente á las sociedades comerciales extranjeras, en lo que se refiere á la autoridad de la ley de cada país respecto de éstas. Hemos, pues, de limitarnos aquí á exponer los principios generales relativos á las sociedades constituídas con arreglo á cada Código civil, y á determinar cuál ha de ser la autoridad de la ley á que haya de atribuirse el poder de regular la constitución y las relaciones que pueden surgir entre los interesados y entre éstos y los terceros.

1.129. Toda sociedad, sea cualquiera el fin para que se haya constituido, es el resultado de la convención estipulada entre personas puestas de acuerdo para fijar las condiciones de su existencia. Puede suceder que este acuerdo de voluntades se verifique en un país ó en otro, y que los interesados convengan en establecer el centro de los negocios en el mismo lugar en que hagan el contrato ó en otro cualquiera, ó que puedan proponerse realizar operaciones que tiendan á conseguir el fin en países diversos. Deberá, pues, admitirse que, respecto de

este asunto jurídico, pueden hallarse en concurrencia tres leyes diversas: la del lugar en que se ha concluido el correspondiente contrato; la de aquel en que las partes han querido establecer el principal domicilio social, y la del lugar en que la sociedad constituída realice operaciones relativas á sus negocios. Conviene, pues, determinar cómo puede cada una de estas leyes ejercitar su propia autoridad en la regulación de un acto jurídico tan complejo. No puede sostenerse, en efecto, que toda cuestión deba resolverse con arreglo á una ú otra ley exclusivamente, sino que conviene examinar con detenimiento la naturaleza de cada cuestión, fijando la atención en la naturaleza de la relación jurídica de que proceda, para decidir acerca de la ley por que deba ser regida.

También debemos hacer resaltar en esta comparación los principios generales del derecho y distinguir: todo lo que se refiere á las relaciones contractuales establecidas entre las partes mediante el contrato concluído entre ellas, la naturaleza de estos pactos y las condiciones de validez del contrato mismo; todo lo que se refiera á la ejecución y desarrollo del contrato y el desenvolvimiento de las funciones de la sociedad; y finalmente, todo lo que respecta á las operaciones hechas en los diversos países con terceros que hayan entrado allí en relaciones con la misma.

Por regla general, debe entenderse que los contratantes (dejando aparte la cuestión de su capacidad y de la validez del consentimiento), dentro de los límites en que puede desarrollarse su autonomía, pueden pactar lo que mejor les parezca en lo que se refiere al contrato de sociedad, por ejemplo, respecto del día en que deba comenzar ó concluir; de lo que cada parte debe suministrar para formar el fondo social; del reparto de las utilidades y de las pérdidas, de la naturaleza de las operaciones, etcétera. También deberá admitirse que, cuando las partes contratantes, que sean ciudadanos de diversos países, no hayan declarado expresamente su voluntad, habrá de recurrirse á las presunciones para determinar la ley á que aquéllos han querido someterse.

Acerca de estas presunciones hay escritores que opinan que,

aun en los casos en que la sociedad no pueda reputarse como una persona jurídica, así como debe admitirse que tiene un centro de acción que está representado por el domicilio del principal establecimiento, así también deberá presumirse que los asociados han querido someterse á la ley del lugar que deba ser el centro de sus comunes intereses para todas las relaciones que se derivan del acto ó del contrato entre ellos celebrado en lo que se refiera á las condiciones necesarias para la validez del mismo.

Esta opinión parece bien fundada en la naturaleza de las cosas, pero no puede imponerse como la única sostenible en todos los casos. Parece, por el contrario, que debe ser decisiva la ley del lugar en donde el contrato de sociedad se haya estipulado, y tener su importancia, no solamente para lo que concierne á la forma exterior del contrato, sino también para determinar la naturaleza de las obligaciones contraídas por aquellos que constituyeron la sociedad y que con tal objeto estipularon el contrato. Admitimos, pues, que los asociados han debido querer someterse á la ley del lugar en que la sociedad por ellos constituida debía establecer el centro de sus operaciones para todo aquello que pueda referirse al desarrollo de las funciones sociales y al modo de obrar para conseguir el fin propuesto; pero respecto de la naturaleza y extensión de la obligación contraída por cada cual, salvo que las circunstancias hagan presumir otra cosa, debe entenderse que se han referido á la ley del lugar en que la sociedad se haya establecido.

Supongamos, para aclarar nuestro pensamiento, que el contrato de sociedad se haya estipulado en Italia entre italianos y extranjeros de distintos países, y que el fin de aquélla sea una operación ó empresa que ha de realizarse en América ó en otro punto. Demos por supuesto que surgiera una cuestión respecto de la naturaleza de dicho contrato y que se discutiese si las partes constituyeron una sociedad propiamente dicha ó una comunidad ó asociación; si quisieron formar una sociedad universal de bienes ó sólo una sociedad universal de ganancias. O supongamos, por último, que la cuestión surgiese respecto de la naturaleza y de la extensión de las obligaciones asumidas por cada socio, y que se tratase de determinar lo que cada parte se obligó á

aportar para constituir el fondo social, y de establecer los derechos de la sociedad para obligarle á efectuar la entrega en caso de que no la hubiese hecho. Parece evidente que, en estos y otros casos análogos, no debería aplicarse la ley americana, sino la italiana, porque la presunción más racional sería la de que las partes se habían referido á esta ley cuando contrataron y se obligaron estipulando el contrato en Italia.

También debería admitirse en tales casos que las partes se habían sometido á la ley americana, pero no en lo que respecta á la naturaleza y extensión de la obligación contraída por cada cual al estipular el contrato, sino en lo concerniente á las funciones de la sociedad y á las reglas del desarrollo de las mismas; porque la presunción más racional es que aquéllas hayan querido referirse á la ley del lugar designado como domicilio principal de la sociedad y someterse á ella en lo que respecta á las operaciones que la sociedad debía realizar para conseguir el fin de su institución. Admitimos, pues, que la ley del lugar destinado á domicilio principal de la sociedad debe presumirse aceptado por las partes para todo aquello que pueda ocurrir para el desarrollo y desenvolvimiento regular de la empresa. Así, por ejemplo, si en la hipótesis propuesta la sociedad constituida en virtud del contrato estipulado en Italia hubiese emprendido sus operaciones en América y surgiese cualquier cuestión acerca de si el socio encargado de la administración podía ó no hacer una cosa, respecto á su responsabilidad para con los asociados ó respecto de lo concerniente al modo de administrar el fondo común, dado que varios socios se hubiesen encargado de la administración, etc., tales cuestiones deberían decidirse aplicando la ley del lugar del domicilio principal de la sociedad, más bien que la del lugar del contrato, porque la presunción más racional sería siempre la de que, para todo aquello que los socios no hayan pactado expresamente respecto al desarrollo de la empresa, quieran referirse á la ley del lugar en que haya de realizarse el negocio jurídico de interés común y en donde hayan querido establecer el centro de su actividad y de sus comunes intereses.

De lo dicho se infiere, á juicio nuestro, que cuando por las circunstancias no pueda deducirse que los asociados han que-

rido someterse en todo á la ley del lugar del domicilio principal de la sociedad, debe prevalecer la *lex loci contractus* para regular éste y cualquiera otra relación contractual que dependa de la autonomía de las partes, y que, por consiguiente, aun en la hipótesis de que una cuestión que se refiera exclusivamente á las relaciones personales de los coobligados se suscite ante los Tribunales del lugar en donde la sociedad realice sus operaciones, no puede desconocerse la autoridad de la ley del contrato, y debe aplicarse, salvo el caso en que con ello se infrinja un principio de orden público.

1.130. El Tribunal de París y el de casación francés sostienen la teoría por nosotros expuesta á propósito de un asunto de la sociedad del cable trasatlántico francés constituida en Inglaterra entre socios de diversos países, uno de ellos francés. Habiendo surgido la cuestión de si, para regular las obligaciones de los socios entre sí, debía aplicarse la ley inglesa (por haberse realizado el contrato en Inglaterra) ó la ley francesa (porque la sociedad debía establecer en Francia el centro de sus operaciones), sostuvo que era aplicable la ley inglesa por haberse establecido bajo su imperio las relaciones contractuales, y decidido que no podía negarse la aplicación de la ley extranjera siempre que no hubiera ofensa para el orden público.

1.131. Debe admitirse también respecto del contrato de sociedad este principio general, que aun estableciendo que los pactos celebrados deben tener fuerza de ley respecto de las partes que los estipularon, ninguna cláusula contractual puede tener sanción judicial por los Tribunales de un país extranjero, cuando el reconocer esta cláusula implique la derogación de un principio de orden público sancionado por la ley territorial. Esto debería decirse, por ejemplo, de una sociedad constituida en país extranjero y admitida á hacer operaciones en Italia, en el caso de que surgiese una cuestión acerca del reparto de las ganancias y fuesen llamados á decidirla los Tribunales italianos. Suponiendo que según la ley extranjera pudiera sostenerse como válido el pacto que atribuye á uno de los socios la totalidad de las ganancias, no podría tener sanción judicial y reconocerse como eficaz por los Tribunales italianos. El art. 1.719

del Código civil dispone: «Es nula la convención que atribuye á uno de los socios la totalidad de las ganancias. También es nula aquella por la cual los capitales y efectos aportados á la sociedad por uno ó varios socios se declaren exentos de cualquier contribución en caso de pérdidas» (a). Esta disposición, que está de acuerdo con el art. 1.855 del Código civil francés, se inspira evidentemente en el motivo principal de impedir la inmoralidad. Respetando el legislador la libertad de los contratantes, ha querido proteger á la parte más débil contra la más poderosa ó más astuta, que quisiera emplear su propia influencia para imponer á los demás condiciones onerosas y contrarias á la equidad. Podría sostenerse á primera vista que, tratándose de asociados extranjeros y de pactos concluidos en otro país, no debiera restringirse su alcance en los límites fijados por nuestra ley respecto de la libertad de contratación, y que la prohibición no pudiera considerarse ordenada para salvar un principio de orden público universal; pero teniendo en cuenta que la ley que prohíbe un pacto porque lo considera inmoral, sanciona una prohibición imperativa *erga omnes*; que los tribunales italianos serían los llamados á reconocer la fuerza de ese pacto que nuestro legislador declara incurso en dicho vicio de nulidad, y que no pueden sancionar aquello que según la ley debe reputarse inmoral, puede sostenerse, con más razón, que nuestros Tribunales podrían negarse á atribuir fuerza jurídica á dicha cláusula contractual, que implicaría una inmoralidad con arreglo á la ley territorial.

1.132. De cualquier modo que se aprecie la cuestión especial por nosotros propuesta, mantenemos siempre el principio

(a) El Código civil español, en su artículo 1.691, está conforme con la disposición transcrita del Código italiano, pero lo consigna en forma mucho más amplia y equitativa al establecer no ya que es nulo cualquier pacto en que las ganancias sociales se atribuyan á un solo socio, sino también aquel por el cual se excluya de su participación á cualquiera de ellos ó á varios.

En cuanto á la participación en las pérdidas, también es más previsor y justo nuestro Código al establecer que puede eximirse de ellas al socio que pone su industria en el negocio social.

de que en todos los casos en que se trate de resolver acerca de las relaciones de los socios entre sí y con los administradores de la sociedad, como todo debe depender del estatuto social, ha de regirse por la ley bajo la cual se celebró el contrato y en donde la sociedad se constituya, y que respecto de esto no puede hacerse depender todo de la ley del domicilio principal de la sociedad misma. Este principio debe aplicarse, en general, siempre que se trate de decidir acerca de las obligaciones de los socios entre sí; de la que tienen á aportar aquello por que se comprometieron y de las consecuencias que pueden derivarse de no cumplir las obligaciones en el término fijado; de la que tiene cada uno de los socios de responder de los daños ocasionados por su culpa; de la de contribuir á las pérdidas; del derecho de reclamar su parte de utilidades, etc. No debe, pues, admitirse que el principio general pueda sufrir distinta aplicación en la hipótesis que de la sociedad constituida en el extranjero sean accionistas los ciudadanos del país en donde aquélla haya sido admitida á hacer operaciones, porque así como tratándose de una sociedad extranjera al hacerse accionistas los ciudadanos se habría sometido á la ley del país en que la sociedad se haya constituido, deberían someterse también á cuanto disponga el estatuto correspondiente, y los Magistrados territoriales tendrían que aplicar dicho estatuto, salvo siempre el caso en que se trate de disposiciones contrarias al orden público.

Supongamos, por ejemplo, que se fundase en país extranjero una sociedad por acciones con arreglo á la ley allí vigente, y que, según el estatuto social, se estableciese que los suscriptores de acciones que hubiesen suscrito y entregado una parte é incurriesen en mora para entregar el resto, podrían sufrir la confiscación de lo pagado sin que la sociedad tuviese que restituir nada ni dar cuenta alguna, sino con el derecho de vender en su exclusivo beneficio, reteniendo el precio á título de indemnización ó de pena impuesta al asociado que no haya cumplido íntegramente su obligación. Si en tales circunstancias dicha sociedad hubiese emitido en Italia ó en Francia parte de sus acciones y los suscriptores franceses ó italianos hubiesen pagado sólo una parte de su importe, y á consecuencia de haber incurrido en mora

en el pago del resto los administradores de la sociedad hubiesen vendido aquellas acciones y quisiesen retener el precio de la venta, podrían los suscriptores invocar la aplicación de la ley italiana ó de la ley francesa y pedir que, en atención de haberse hecho la suscripción en Italia ó en Francia, debían regularse las consecuencias de su morosidad aplicando la ley vigente en donde se realizó dicho acto jurídico. A juicio nuestro, no estaría semejante pretensión bien fundada en derecho, pues los contratos legalmente concluidos en el extranjero deben tener siempre fuerza de ley respecto de las partes que los hayan estipulado, y esto debe ocurrir con el contrato de sociedad, que habrá de regular en todas partes las relaciones establecidas entre los asociados, por virtud del estatuto social que reguló en su origen la constitución de la sociedad y los derechos y obligaciones recíprocas de los asociados. La ley del país en que la sociedad extranjera lleve á cabo actos ú operaciones, puede tener autoridad para regular las relaciones entre aquélla y los terceros; mas para lo concerniente á los estatutos sociales y á las relaciones entre aquélla y los asociados, no puede depender de las diversas leyes de los países en que la sociedad funcione, pues de otro modo se seguiría que las sociedades extranjeras debían someterse á todas las disposiciones legales vigentes en los distintos países, aun en lo relativo á su constitución interna y á los derechos y obligaciones recíprocas de los accionistas. El extranjero que se ha hecho accionista se ha sometido voluntariamente al estatuto social y á los pactos en él establecidos, y no puede excluirse la aplicación de la ley extranjera en las cuestiones que se refieren á las relaciones entre él y la sociedad.

Ahora bien, en el supuesto de que la ley extranjera permitiese estipular á título de cláusula penal, de indemnización ó de otro cualquiera la confiscación de lo pagado en parte á beneficio de la sociedad, deberá admitirse y reconocerse la autoridad de ese pacto contractual y no puede ser obstáculo el que la inscripción y el pago se hayan hecho en Francia ó en Italia, porque, como se trataría siempre de un hecho relativo á relaciones contractuales que se refieren á la constitución de una sociedad extranjera, todo lo concerniente á ésta y á las relaciones de los ac-

cionistas con la misma, debería depender de la ley extranjera y de los pactos contractuales estipulados bajo el imperio de dicha sociedad.

Del mismo modo que las causas de disolución, las indemnizaciones y las cláusulas penales que puedan derivarse de un contrato hecho en el extranjero deben depender de la ley bajo cuyo imperio se hizo, porque ésta es la que debe regir todas las relaciones contractuales entre las partes, lo mismo debe suceder respecto de las causas de disolución de un contrato de sociedad y de las circunstancias que puedan motivar la aplicación de las cláusulas penales. En el caso por nosotros propuesto nada hay que pueda ofender el orden público territorial para sostener que debe excluirse la aplicación de la ley extranjera á que la sociedad está sometida (1).

1.133. Pasemos ahora á examinar cuál debe ser la autoridad de la ley del país donde haya sido admitida la sociedad á hacer operaciones.

Hemos discutido la cuestión general relativa á la condición jurídica de las entidades morales extranjeras, del disfrute y del ejercicio de los derechos que puedan corresponderles en el extranjero cuando hayan sido reconocidas, y no debemos volver sobre lo que ya hemos dicho respecto de este punto (2).

Cuando una sociedad extranjera haya sido admitida á hacer operaciones en un país, es consecuencia necesaria de este hecho jurídico la sumisión á la ley del lugar, y de aquí que deba admitirse ante todo que dicha sociedad no puede reputarse existente como entidad jurídica sino de conformidad con la ley allí vigente, determinando esta misma ley su condición jurídica como tal sociedad.

Deberá, por consiguiente, decidirse con arreglo á la ley del lugar en donde la sociedad haya sido autorizada para funcionar, si tratándose de una sociedad civil, por ejemplo, puede ó no ser reputada como persona jurídica con existencia propia é indepen-

(1) Conf. Cass. franc., 14 Febrero 1872 (*Journal du Pal.*, 1872, 846) y la nota y referencias que en ellas se hacen.

(2) V. el tomo I, Parte especial, §§ 302 y siguientes.

diente de la personalidad individual de los socios, ó si debe reputarse como entidad colectiva ó de otro cualquier modo. Así como la personalidad no puede atribuirse á las entidades morales extranjeras sino por la soberanía territorial, así también la condición jurídica de dichas entidades debe determinarse igualmente con arreglo á la ley del territorio.

1.134. Debe admitirse, además, que cuando la cuestión verse sobre el carácter de la sociedad, esto es, si teniendo en cuenta la índole de las operaciones por ella emprendidas debe calificársela como sociedad civil ó como sociedad comercial, habrá de reputarse indiferente respecto de este punto la calificación dada por las mismas partes contratantes en la escritura social, y no podrá tomarse tal cualidad de la naturaleza de los pactos y de las obligaciones contraídas por los socios, como tampoco podrá ser decisivo el referirse á la ley extranjera bajo la cual se concluyó el contrato y dar valor á cuanto la misma disponga respecto de la índole de la especulación, sino que convendrá atenerse exclusivamente á la ley del país en donde actúe la empresa y decidir con arreglo á la misma, teniendo en cuenta la naturaleza de la empresa y la índole de sus operaciones, si debe admitirse ó rechazarse el carácter civil ó el carácter comercial, etcétera. Decimos esto porque, aun cuando los contratos hechos en el extranjero deben tener fuerza de ley entre las partes que los estipularon, sin embargo, como á la soberanía territorial corresponde siempre determinar con arreglo á las leyes propias la condición jurídica de las cosas, por las razones varias veces expuestas, corresponde también á la misma fijar por las leyes propias la naturaleza de los actos de las empresas y de toda clase de especulaciones, y no podría concederse á los contratantes variar mediante su contrato la naturaleza de los actos por ellos realizados, en el lugar en donde hayan sido autorizados para efectuarlos.

Como consecuencia de este principio deberá admitirse que en cualquier país en que se haya constituido una sociedad para dotar de aguas á una ciudad, para suministrar el gas (1) ó para

(1) Véase Cass. civ. franc., 16 Junio 1884; Cass. de Roma, 13 Septiembre 1887 (*Foro italiano*, 1887, pág. 1.111).

cualquier otra clase de suministro ó empresa, deberá decidirse con arreglo á la ley territorial si dicha sociedad, teniendo en cuenta la naturaleza de la especulación, debe considerarse como una sociedad civil ó comercial, y por consiguiente, dado que según la ley territorial no pudiera negarse el carácter y calificación de sociedad mercantil, el contrato original y las disposiciones sancionadas por la ley bajo cuyo imperio se obligaron los socios, no podrían excluir la aplicación del Código de comercio respecto de todas las operaciones hechas por la sociedad y de todas las obligaciones que de ella pudieran surgir respecto de terceros. Debería, en efecto, admitirse que, aunque dicha sociedad pudiera considerarse como hábil según la clase de pactos del contrato primitivo, debería reputarse comercial de hecho, sobre todo respecto de los terceros, á quienes no podría oponerse la circunstancia de haberse formado la compañía en el extranjero ni la índole de los pactos, para modificar el acto jurídico y todas las consecuencias según la ley vigente en el lugar en que tuvo su origen. Aun cuando la sociedad extranjera no haya sido reconocida, sin embargo, si habiendo realizado operaciones en un país puede considerársela en él como una sociedad de hecho, deberá siempre decidirse con arreglo á la ley local si, teniendo en cuenta el objeto de la empresa, puede ó no ser considerada como una sociedad lícita.

En Francia se ha discutido ante los Tribunales, si una sociedad constituida para hacer el contrabando en el extranjero, podía ser reconocida como lícita para ejercitar sus acciones ante los Tribunales, á fin de resolver ciertas diferencias surgidas entre los socios. Hemos examinado esta cuestión en la Parte general (1) y mantenido nuestra opinión de que tales asociaciones son ilícitas aun cuando se hayan establecido para violar las leyes fiscales de un país extranjero (2).

Lo mismo debería decirse de las sociedades constituidas para sostener casas de juego prohibidas en un país ó para otros fines declarados ilícitos por la ley territorial. Cualquiera que sea la

(1) Véase tomo I, § 173 y siguientes.

(2) Confr. Cass. franc., 25 Agosto 1835 (*Journ. du Pal.*, 1835, p. 589).

forma de la asociación constituida con el fin de violar las leyes, ya sean las fiscales ó las de otra índole, deberán reputarse ilícitas dichas sociedades por el objeto de su empresa; y las cuestiones relativas á tales operaciones no serán materia lícita de acciones judiciales.

1.135. Cuando una sociedad extranjera haya sido reconocida por un decreto ó á consecuencia de haber cumplido las formalidades prescritas por la ley territorial para ser admitida á ejercitar sus derechos, ó á consecuencia de los tratados existentes entre el Estado extranjero y aquél en que la sociedad realice sus operaciones, deberá siempre entenderse que todas las cuestiones relativas á la validez de la constitución de esta sociedad, á su capacidad jurídica, á las obligaciones de los socios entre sí, y á las que ocurran entre éstos y los que administran los asuntos sociales, deben depender del estatuto social y de la ley que reguló en su origen la constitución de dicha sociedad; pero respecto de los actos que ésta realice en el lugar en donde funcione, deberá admitirse la autoridad de la ley territorial, á la que deberá ajustarse no sólo en lo que respecta á las formas del procedimiento y al ejercicio de sus funciones, sino también en lo concerniente á los actos de adquisición, posesión, enajenación, convenciones, actos contractuales, etc., y sobre todo respecto de las consecuencias que de ellos pueden derivarse frente á los terceros que bajo el imperio de la ley territorial hayan entrado en relaciones con dicha sociedad extranjera.

1.136. La administración de los asuntos sociales puede ser reputada como un acto jurídico subsistente por sí y considerado como tal en relación con la ley del lugar en que se ha realizado, y puede ser también reputado como un acto en relación con los derechos y con las obligaciones entre los asociados y aquellos á quienes hayan conferido el derecho de administrar los negocios sociales. Desde el primer punto de vista, debe estar sujeta la administración á la ley territorial; pero bajo el segundo debe permanecer sometida siempre á la *lex loci contractus*, esto es, al estatuto social. En efecto, el derecho de administrar los negocios sociales, debe reputarse conferido en fuerza del mandato implícito en el contrato mismo de sociedad, y por esto

es por lo que, así como la naturaleza y la extensión de tal mandato en las relaciones entre los socios que lo hayan conferido y los que en su virtud administran los fondos comunes debe ser evaluado teniendo en cuenta el contrato de sociedad, así también conviene siempre referirse á éste para decidir acerca del poder de administrar y de las consecuencias que pueden derivarse de los actos de administración respecto de los asociados; y de este modo deberá decidirse toda cuestión relativa á lo que cada socio puede ó no puede hacer. Acerca del derecho de hacer innovaciones en el fondo común, del valor de las decisiones tomadas por mayoría, del derecho de enajenar y obligar las cosas sociales, etc., como todas estas cuestiones y otras análogas tienen su fundamento en la naturaleza del mandato y éste procede del contrato de sociedad y dura todo el tiempo por que aquélla se ha establecido, deben resolverse con arreglo al estatuto social, sin hacer diferencia alguna sobre si los que han constituido esta sociedad ó han llegado á ser socios, son ciudadanos ó extranjeros respecto del Estado en donde la administración de los asuntos sociales se haya establecido.

Así como un mandato conferido y que debe ejercitarse en país extranjero ha de entenderse otorgado para todo lo concerniente al ejercicio del mismo, á reserva de ajustarse á la ley del lugar en donde se haya de hacer uso de él, así también para todo lo que se refiere á su ejecución y á las consecuencias que puedan derivarse del modo como se ejecute, debe admitirse que la administración de los asuntos sociales habrá de acomodarse á la ley del país en donde la sociedad realice sus operaciones. Por consiguiente, todo lo que se refiere á la ejecución del mandato, lo concerniente al modo de proceder y las consecuencias que de la administración pueden derivarse respecto de los terceros que hayan entrado en relaciones con la sociedad, deberá permanecer por la índole misma del asunto jurídico, bajo el imperio de la ley territorial.

1.132. Aplicando este principio, debe admitirse que, cuando una sociedad, aunque constituida en el extranjero, haga operaciones en el Estado y los administradores de la misma para inducir á los terceros á que suscriban nuevas acciones los hubie-

sen engañado con declaraciones ó relaciones falsas ó en cualquier otra forma, podrán los terceros engañados fundar en su ley territorial el derecho de proceder contra el autor del hecho que les ha perjudicado y ejercitar una acción personal contra el mismo, pero no podría darse el caso de tener que referirse al estatuto social y á la ley extranjera para determinar la responsabilidad de tales administradores por sus operaciones ilegales, pues no se trataría de decidir acerca de la responsabilidad de los administradores respecto de los accionistas, la cual, con arreglo á los principios sustentados por nosotros, debería determinarse por el estatuto social. Trataríase, por el contrario, de la acción correspondiente á los que siendo extraños á la sociedad hubiesen sido inducidos con engaños á hacerse socios, y no podría negarse á los mismos derecho á proceder contra el autor de tales hechos en virtud del principio que establece que cualquier acto del hombre que ocasione daño á otro, obliga á aquél por cuya culpa ha sobrevenido el perjuicio, á resarcirlo. El acto jurídico del engaño, de las relaciones falsas y otros artificios semejantes, efectuados en un país, legitimaría, sin duda, la aplicación de la ley territorial para regular sus consecuencias. Lo mismo debería decirse de cualquier acto realizado por los administradores de una sociedad extranjera respecto de los extraños á la misma, el cual, como acto jurídico, caería siempre bajo el imperio de la ley territorial.

1.133. Fácil es comprender, en virtud de los mismos principios, que conviene decidir conforme á la ley territorial las condiciones bajo las cuales puede ser admitida una sociedad extranjera á negociar sus propias acciones en Bolsa, y que deberá someterse al pago de los impuestos sobre la riqueza mueble, de la tasa, del registro, etc., y bajo qué condiciones puede personarse en juicio. Conviene admitir siempre como regla general que cuando una sociedad extranjera realice operaciones en determinado país, se somete, *ipso facto*, á las leyes allí vigentes en lo que respecta al desarrollo de su actividad y al ejercicio de las funciones atribuidas á los que administran los negocios sociales.

Cuando una sociedad extranjera no pueda ser considerada regularmente constituida conforme á la ley del país en donde se

ha establecido y tiene su residencia habitual, aunque haga operaciones en un tercer Estado y asuma allí obligaciones respecto de terceros, deberá aplicarse en tal caso la ley territorial para todas las consecuencias jurídicas de las operaciones por ella realizadas bajo el imperio de la misma, y decidir por consiguiente con arreglo á dicha ley si la sociedad puede ser considerada como una asociación de hecho, cuál es la naturaleza de las obligaciones por ella contraídas, y si respecto de terceros puede considerarse personalmente obligado el socio administrador que haya contratado con ellos.

También en esta hipótesis deberá admitirse que el acto jurídico cae bajo el imperio de la ley del lugar en que se ha realizado.

1.139. Para resumir nuestro pensamiento, diremos que la administración de los negocios sociales debe permanecer bajo el imperio del estatuto social para todo lo que respecta á las relaciones interiores de la sociedad, esto es, para todo lo concerniente á las relaciones entre los socios y los administradores, y, además, en todo lo que se refiere á la extensión de las obligaciones de cada socio; pero un determinado asunto jurídico debe caer bajo el imperio de la ley territorial, tanto considerándolo en sí mismo, como acto jurídico, cuanto para lo concerniente á sus consecuencias respecto de terceros.

Supongamos, por ejemplo, que el administrador de una sociedad extranjera haya comprado mercancías sin haber pagado su precio. El vendedor tendrá derecho á proceder contra la compañía, pero podría surgir la duda de si los socios estaban obligados *in solidum*, y si para determinar la extensión de su obligación respecto del vendedor debía aplicarse la ley del lugar en que se hizo la venta á la del país en que la sociedad se haya constituido.

Cuando en tales circunstancias quisieran los socios impugnar la existencia legal de la sociedad, la regularidad del mandato ó la del contrato hecho por el administrador por cuenta de la sociedad, y dado que la existencia legal de ésta pueda efectivamente ser impugnada con arreglo á la ley extranjera bajo la cual se hubiese constituido, no podrá considerarse como una razón vale-

dera para rechazar la acción del vendedor. El acto jurídico realizado bajo el imperio de la ley en donde se hizo la adquisición en nombre de la sociedad, legitimaría la aplicación de la ley territorial, que podría ser invocada con razón por el vendedor para proteger sus intereses contra el administrador extranjero que realizó la adquisición en nombre de la sociedad. Supuesto también que pudiera ser impugnada la existencia legal de la misma por las prescripciones de la ley extranjera, esto no impediría que, cuando con arreglo á la ley territorial pueda considerarse la entidad social como sociedad de hecho, pudiera obligársela á responder como tal respecto de aquéllos que con ella hubiesen contratado.

Toda soberanía tiene derecho á proteger con sus leyes propias á los que contratan con sociedades extranjeras, y puede regular los actos jurídicos realizados en el propio país é impedir que terceros que hayan contratado con sociedades extranjeras autorizadas, ó que hayan realizado operaciones contractuales, sean sorprendidos por la audacia ó por la actucia de especuladores extranjeros, y estén expuestos, á causa de su ignorancia de las leyes de otros países por las que pueda ser impugnada la existencia legal de dicha sociedad, á ver cómo se anulan actos legalmente realizados bajo el imperio de la ley territorial por ellos ignorada.

Pero si en la hipótesis propuesta surgiese la cuestión, no sobre la existencia legal de la sociedad ni sobre la regularidad del contrato concluido por muerte de aquélla, sino sobre la extensión de las obligaciones de cada socio por los débitos de la sociedad, y se tratase de decidir si el vendedor podía considerarse obligado á cada cual de los socios con todos sus bienes, con arreglo á la ley territorial, y sin hacer distinción entre los socios administradores y los simples accionistas, ó si, por el contrario, debía limitar su acción respecto de cada socio al capital aportado ó á aquél porque se había obligado en la sociedad, esta cuestión no podría resolverse, á juicio nuestro, de conformidad con la ley territorial, sino que debería serlo con arreglo á aquélla bajo la cual la sociedad se hubiese constituido.

Es indudable que cada soberanía territorial tiene el derecho

de determinar las condiciones bajo las cuales ha de concederse á las sociedades extranjeras el tener un domicilio ó sucursal, una representación, ó hacer operaciones bajo la tutela de la ley; pero no puede modificar con sus propias leyes la constitución de la sociedad respecto de la extensión de las obligaciones contraídas por cada socio al constituirla. También es cierto que la sociedad, como entidad colectiva, debe estar sujeta á la ley del lugar en donde desarrolla los negocios de su empresa; pero no puede deducirse de aquí ni elevar á regla general, que las sociedades extranjeras deban estar sometidas á las leyes vigentes en los países en que realizan sus operaciones, sobre todo en lo que se refiera á la naturaleza y extensión de las obligaciones que cada socio contraiga individualmente por las de la sociedad. Si pudiera admitirse esta regla, seguiríase de ello que ningún socio podría conocer la extensión de las obligaciones que asumía individualmente en el contrato de sociedad. No puede negarse que la ley territorial debe regular el acto jurídico y proteger los intereses de los que de buena fe contrataron; pero no puede sostenerse que aquélla pueda aplicarse para cambiar en beneficio de éstos la constitución jurídica de la sociedad, y la naturaleza y extensión de las obligaciones asumidas por los socios con arreglo al contrato ó al estatuto de constitución de dicha entidad.

No creemos oportuno añadir ni discutir en este lugar las diversas cuestiones que pueden surgir de las distintas clases de sociedades, porque de este punto trataremos en el tomo relativo al Derecho mercantil, en el que nos ocuparemos también de las cuestiones que pueden surgir respecto de las sociedades extranjeras.

1.140. A la forma del contrato de sociedad debe aplicarse la regla general *locus regit actum*, y deberá decidirse siempre con arreglo á la ley bajo cuyo imperio se estipuló el contrato todo lo concerniente á la validez del mismo en cuanto se refiera á las formas extrínsecas. Debe admitirse además que cuando una sociedad extranjera haya sido autorizada para realizar actos en un país, deberá observar la ley allí vigente respecto de las formalidades de cualquier clase impuestas á las sociedades ex-

tranjeras que quieren ejercer legalmente su actividad como tales.

Finalmente, en lo que se refiere á la extinción de la sociedad, así como á su continuación tácita, habrá de admitirse en general todo lo que deba depender de la ley bajo la cual fué constituida, debiendo, por regla general, regir las causas de extinción y las de confirmación tácita de las relaciones contractuales originariamente establecidas bajo su imperio.

CAPITULO V

Del contrato de mandato.

1.141. El mandato puede considerarse bajo diversos aspectos.—**1.142.** Autoridad de la ley personal.—**1.143.** Cómo puede establecerse la relación convencional.—**1.144.** Cuándo debe considerarse ultimado el contrato.—**1.145.** La ley que debe regir el mandato y sus efectos es distinta según el punto de vista desde el cual puede ser considerado.—**1.146.** Interesa determinar el lugar en que el contrato debe considerarse perfeccionado.—**1.147.** Nuestra opinión.—**1.148.** Examen crítico de la opinión contraria de Laurent.—**1.149.** Se confirma y explica nuestra opinión.—**1.150.** Cuando se haya ejecutado el mandato quién debe considerarse obligado respecto de los terceros.—**1.151.** Se examina el caso de haberse excedido en el mandato con la ratificación del mandante.—**1.152.** Deben aplicarse las mismas reglas en la hipótesis de que el mandatario asuma la posición de tercero.—**1.153.** Autoridad de la ley bajo cuyo imperio se confirió el mandato.—**1.154.** Cesación del mandato: dudas que pueden surgir con motivo de la muerte del mandante.—**1.155.** Los terceros pueden atenerse siempre á la ley territorial.—**1.156.** De la forma de este contrato.

1.141. La palabra mandato puede emplearse en tres distintos significados. Puede denotar, en efecto, el poder conferido por una persona á otra para tratar ó ultimar cualquier negocio, ó el contrato en virtud del cual una parte da á otra que acepta, el poder de representarla para realizar en su nombre un acto jurídico ó una serie de actos de la misma índole, ó, finalmente, puede significar el acta ó escritura de la cual resulte el otorgamiento de tal poder. Para determinar la ley por que debe regirse, conviene distinguir una cosa de otra. Basta, en efecto, tener en cuenta que el mandato, en el primer sentido, expresa más bien el contenido ó el objeto del contrato, y en el segundo, por

el contrario, indica el fundamento de la obligación jurídica; y á continuación veremos que deben ser distintos los principios según los cuales debe determinarse la ley que ha de regirlo desde uno ú otro punto de vista.

1.142. Comenzaremos por examinar cuál debe ser la ley que ha de regir la relación contractual que del mandato se deriva.

Aplazamos el discutir acerca de la capacidad exigida para poder conferir un mandato y de lo que puede ser objeto del mismo, haciendo notar únicamente que, respecto de esto, habrá de tenerse en cuenta sólo la ley personal del que confiere el mandato. Por consiguiente, si se tratase de un acto de disposición, el mandato sólo podrá conferirse por los que según la ley personal sean capaces de disponer de sus bienes, y con arreglo á la misma deberá resolverse si teniendo en cuenta la índole del negocio que constituye el objeto del mandato, puede considerarse éste como un acto de administración ó de disposición, y bajo qué condiciones puede la persona conferir el mandato de realizar lo uno ó lo otro.

También debería decidirse con arreglo á la ley personal, si para realizar un determinado acto puede la persona conferir mandato á otra que la represente para realizarlo. En el supuesto de que, según la ley personal, el interesado no pueda realizar un acto de otro modo que personalmente, no podrá éste ser objeto de mandato, aunque según la ley del país en donde deba realizarse pueda efectuarse por otro en representación del mandante. No podrá, pues, darse el caso de aplicarse la regla *locus regit actum* para sostener, por ejemplo, que el ciudadano de un país en que no se pueda celebrar válidamente matrimonio por poder esté capacitado para hacerlo cuando en el país en donde deba celebrarse sea reputado válido el mandato para realizar dicho acto en nombre del mandante.

1.143. Vamos á examinar el mandato como relación convencional entre el que tenga la capacidad necesaria y lo haya conferido para un asunto jurídico respecto del cual no esté prohibida la representación, y aquel á quien se haya conferido y lo haya aceptado.

Observamos, en primer lugar, que esta relación puede establecerse mediante convención expresa ó por modo tácito. Considerando que el carácter esencial distintivo de tal relación consiste en el poder conferido por el mandante al mandatario para que lo represente y realice en su nombre y por su cuenta actos que lo obliguen para con los terceros, entendemos que conviene decidir según la ley personal del mandante ó la del lugar en donde debe considerarse prestado el consentimiento, si puede ó no admitirse la convención tácita, esto es, si puede ó no entenderse, por razón de las circunstancias, que se ha conferido por aquél un mandato tácito.

Así como siendo él el obligado todo debe depender del consentimiento que haya prestado al obligarse, así también conviene referirse á la ley á que se haya sometido, para decidir acerca del consentimiento tácito y del carácter que reviste este consentimiento.

Teniendo presentes estos principios, creemos que debe decidirse con arreglo á la ley del mandante, si la circunstancia del silencio por parte de aquel á quien se ha comunicado la gestión de negocios emprendida sin su conocimiento por un tercero, puede afectar el carácter de un mandato tácito. No podría darse el caso de decidirse con arreglo á la ley del lugar en donde se haya realizado la *negotiorum gestio* si á consecuencia del conocimiento dado al propietario y de su silencio, pudiera convertirse esto en un mandato tácito, puesto que, como todo deberá depender del consentimiento del propietario, habrá de decidirse según la ley bajo la cual haya tenido lugar el silencio por parte de aquél, si *qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*.

Conviene advertir que es muy importante fijar con exactitud la naturaleza de la relación obligatoria que puede considerarse establecida por virtud de la convención tácita, á fin de determinar después la naturaleza de las obligaciones que de aquélla se derivan. Son diversas las consecuencias que pueden deducirse de la gestión de los negocios de otro y del mandato tácito, pues la primera constituye un cuasi-contrato, y el segundo, por el contrario, es un verdadero y propio contrato; y siendo diversos los principios que deben regular las obligaciones que de ellos se de-

rivan, es muy importante establecer si se trata de una ó de otra cosa. De estas diferencias nos ocuparemos al tratar de la gestión de los negocios de otro.

La aceptación del mandato puede ser expresa ó tácita. Mas como no puede subsistir sino en virtud del consentimiento prestado por el mandatario, conviene referirse á la ley bajo cuyo imperio lo haya prestado ó realizado los actos correspondientes, ó bajo la cual se hayan verificado las circunstancias de que se deduzca la aceptación tácita, para decidir si puede admitirse ó no la estipulación tácita de mandato.

1.144. Conviene tener presente que el contrato de mandato se forma en fuerza de la voluntad recíproca del mandante y del mandatario, por lo cual, para que nazca la relación contractual, es cosa esencial que uno tenga voluntad de encargar á otro á hacer en su nombre un asunto determinado, obligándose á todas las consecuencias jurídicas que de aquél puedan derivarse, y que otro tenga voluntad de obligarse á hacer este negocio, asumiendo todas las consecuencias jurídicas que de tal obligación se derivan. Compréndese, pues, que, cuando dos personas se hallan en países distintos y surge la duda de si uno ú otro han tenido dicha intención recíproca y quiera deducirse ésta de las circunstancias, habrá que referirse á la ley de ambos países bajo cuyo imperio se han verificado aquéllas, para decidir si ha habido de parte del uno y del otro la intención de establecer la relación contractual. Por las mismas razones hemos sostenido que, respecto al mandante, debe decidirse de conformidad con la ley á que está sometido, si el silencio por su parte puede equivaler al consentimiento tácito de obligarse por medio de mandato, así también respecto de aquel que recibe la comisión, deberá decidirse según la ley á que debe reputarse sometido, si con sólo haber recibido la comisión puede entenderse que la ha aceptado, y estar obligado, para con el otro, por la relación de mandato.

Debe atenderse á todo ello para decidir si existe ó no el consentimiento para concluir un contrato de mandato, y advertir que las reglas que pueden ser sancionadas de conformidad con la ley del país del que ha dado la comisión, para deducir la acepta-

ción tácita y la relativa obligación consensual, no pueden ser decisivas si son distintas de las sancionadas con arreglo á la ley del país en donde se halle aquél contra quien se entiende establecer la obligación por mandato, sino que debe tenerse en cuenta la ley de cada parte para decidir acerca de la voluntad respectiva de obligarse.

Respecto á la capacidad exigida para obligarse válidamente por mandato, es claro que hay que referirse á la ley personal de aquél á quien el mandato se confiere; por lo cual, si el que siendo capaz de conferir á otros poder para que lo representen al realizar en su nombre y por su cuenta un acto jurídico, ha dado tal encargo á un incapaz, estaría obligado para con los terceros por los actos efectuados por el incapaz en su nombre propio, á pesar de que éste podría hacer valer la excepción de nulidad por incapacidad respecto de la obligación resultante de este contrato en las relaciones entre él y el mandante, respecto del cual sólo podría ser obligado de conformidad con las reglas sancionadas por su ley personal relativamente á los actos realizados por un incapaz.

1.145. Expuestos los principios generales para decidir cuándo puede considerarse subsistente el contrato de mandato, teniendo en cuenta los elementos esenciales para establecerlo, vamos ahora á examinar cuál es la ley bajo la cual debe considerarse perfeccionado dicho contrato; cuál debe regular su ejecución, y cuál es la que debe regir todas las consecuencias que pueden derivarse de tal negocio jurídico respecto de los terceros, sobre todo cuando se trate de mandato que lleve consigo una serie de actos y de operaciones que deben realizarse en lugares diversos.

Nosotros entendemos que es indispensable distinguir tres puntos de vista diversos, desde los cuales debe investigarse la autoridad de la ley, porque sostenemos que, al no haberlos distinguido cuidadosamente, ha engendrado cierta confusión entre los jurisconsultos al resolver las cuestiones que pueden surgir del contrato de mandato, que presenta determinadas complicaciones á consecuencia de las diversas fases respecto de las cuales conviene investigar la ley competente para regular todos sus efectos.

1.146. Por lo que se refiere á la relación contractual que en virtud del mandato debe establecerse entre el mandante y el mandatario, la duda que surge consiste en establecer si tal relación debe considerarse perfeccionada en el tiempo y lugar en que el mandatario ha aceptado expresa ó tácitamente el realizar el negocio en nombre ó por cuenta del mandante, ó si, por el contrario, siendo indispensable que el mandante conozca dicha aceptación, no puede considerarse perfeccionada la relación contractual sino en el lugar en que se ha dado el encargo, y cuando la aceptación de cumplirlo haya llegado al que haya dado dicho encargo.

De resolver esta duda de uno ú otro modo depende la determinación de la ley que debe regir las obligaciones del mandante y las del mandatario, puesto que, así como toda relación contractual debe estar sometida á la ley bajo la cual se haya perfeccionado, así también, admitiendo que el contrato deba considerarse perfecto desde el momento en que se haya aceptado el mandato conferido, lleva consigo el que las obligaciones respectivas entre el mandante y el mandatario deban regirse por la ley del país de este último, por la razón de que bajo el imperio de ésta se perfecciona la relación contractual, y con arreglo á ella debe decidirse acerca de las obligaciones respectivas asumidas por las partes contratantes.

Aceptando la otra opinión, es evidente que debe llegarse á una conclusión enteramente distinta.

1.147. Habiendo sostenido nosotros á propósito de los contratos estipulados entre personas que se hallan en lugares diversos, que la relación obligatoria entre las mismas debe considerarse perfeccionada, por regla general, en el lugar y en el momento en que se haya verificado el acuerdo de ambas voluntades, y que este acuerdo debe considerarse efectuado cuando la proposición no retirada antes de la aceptación, haya sido admitida y se haya manifestado esta admisión en una forma extrínseca que represente jurídicamente el consentimiento prestado y efectivo por la parte de aquel á quien la proposición se haya hecho, no podemos dudar respecto de la perfección del contrato de mandato, y admitimos que debe considerarse

perfeccionado en el lugar y en el momento en que el mandatario haya manifestado y expresado por un acto exterior cualquiera su voluntad de consentir en realizar el acto jurídico en nombre del mandante. Afirmamos, por consiguiente, que para la perfección del contrato de mandato no debe reputarse necesario que la aceptación por parte del mandatario llegue á noticia del mandante, y, por tanto, que la relación contractual debe considerarse perfeccionada en cuanto el mandato haya sido aceptado.

Esta es la opinión que hemos sostenido en la primera edición de la presente obra, habiendo hecho notar que, aun cuando se quiera considerar indispensable para la perfección de los contratos entre ausentes, que la aceptación llegue á noticia del proponente, esto podía admitirse respecto de los contratos sinalagmáticos perfectos, esto es, respecto de aquellos que llevan consigo una obligación recíproca y principal para ambos contratantes, pero que para la perfección del contrato de mandato, como la obligación principal es una sola, esto es, la del mandante, y su voluntad respecto de todas las consecuencias del mandato conferido debe considerarse constante y persistente hasta que haya revocado dicho mandato y notificado al mandatario su revocación, cuando éste haya aceptado el mandato y lo ejecute, queda perfeccionada la relación obligatoria, y no cabe duda de que el mandante queda obligado por mandato. De estos principios deducíamos que el contrato de mandato, en lo que concierne á las relaciones entre el mandante y el mandatario, debe regularse por la ley del país en que reside el mandatario, porque bajo su imperio debe considerarse perfeccionada la relación jurídica obligatoria.

Mantenemos hoy la misma opinión, que puede ser robustecida con la autoridad de Story, que también la ha sostenido apoyándose en la autoridad de Casaregis.

Propone el caso de un comerciante americano que dé orden de comprar por su cuenta en Inglaterra, y pregunta: ¿En qué país debe considerarse perfeccionado dicho contrato y por qué ley debe regirse? Y contesta que, en este caso, debe regirse el contrato por la ley inglesa, porque allí es donde se ha dado el

consentimiento definitivo por la persona que recibe y ejecuta la orden de su corresponsal (1), é invoca la autoridad de Casaregis, que se expresa en estos términos: *Pro hujus materiae declaratione praemittenda est regula ab omnibus recepta, quod contractus vel negotium inter absentes gestum dicatur eo loco, quo ultimus in contrahendo assentitur, sive acceptat; quia tum tantum uniuntur ambo consensus. Sic mandati contractus dicitur irritus in loco quo diriguntur literae missivae alicujus mercatoris, si alter ad quem diriguntur, eas recipit, et acceptat mandatum* (2).

Brocher sostiene la misma teoría (3), pero Laurent la combate (4).

1.148. Opina este eminente jurisconsulto que no debe establecerse diferencia alguna entre los contratos bilaterales y los unilaterales: que tanto respecto de los unos como respecto de los otros es indispensable que la aceptación llegue á conocimiento del que haya hecho la proposición, porque sólo concurre el consentimiento cuando el proponente conoce la aceptación. Aduce en apoyo de su opinión que la donación, aunque sea un contrato unilateral, no se perfecciona sino después de notificada al donante la aceptación del donatario.

El argumento que deduce Laurent de la donación, es demasiado débil; en primer lugar, porque la donación no puede asimilarse á los contratos hasta el punto de generalizar respecto de éstos las reglas aplicables á aquélla. La necesidad de conocer la aceptación respecto del donante es legítima consecuencia de los dos principios siguientes: *non potest liberalitas nolenti adquiri* (5) é *invito beneficium non datur* (6); y no sería justo, como dijeron los compiladores del Código civil francés, mantener la incertidumbre sobre el derecho de propiedad, y sostener que el donante no puede transferirla á otros sin tener noticias de que la donación

(1) Story, *Conflict of Laws*, § 285.

(2) Casaregis, *Discursos legales*, 179, §§ 1.º y 2.º

(3) Brocher, *Droit int. priv.*, tomo II, § 228. Conf. Despagnet, *Droit int. priv.*, núm. 411.

(4) *Droit civ. internat.*, tomo VII, § 452.

(5) L. 27, § 2.º (*De donat.*)

(6) L. 19 (*De regulis juris*).

ha sido aceptada. En atención á estos motivos ha podido imponer el legislador la notificación de la aceptación, como elemento integrante y constitutivo para perfeccionar la donación. En el contrato de mandato, por el contrario, no se puede por menos de tener como cosa cierta que el mandante persiste en la voluntad mientras no haya manifestado intención en contrario y no la haya hecho conocer al mandatario, por lo que apenas se une á su consentimiento actual y persistente el de aquel que debe ejecutar el mandato, no puede decirse que falta nada al concurso de ambas voluntades ni á la perfección de la relación contractual. Por estos motivos no han exigido los legisladores la aceptación formal y han dispuesto, por el contrario, que ésta pueda ser tácita y resultar del comienzo de la ejecución por parte del mandatario (1). Si se aceptase la opinión de Laurent, seguiríase que no existiendo contrato de mandato hasta que la aceptación llegase á conocimiento del mandante, no podría el mandatario ejecutar el mandato hasta ese momento, porque no podría admitirse la ejecución de un contrato hasta que éste se hubiese formalizado, y si el mandato por la naturaleza misma de los casos debiera ejecutarse sin tardanza y el mandatario así lo hiciese en interés del mandante, sus actos serían únicamente una gestión hasta el momento de la llegada de la aceptación.

El citado escritor cree hallar un valioso apoyo para sostener su teoría en la sentencia dictada por el Tribunal de comercio del imperio alemán, la cual reproduce (2). Tratábase de un mandato conferido por una casa de comercio francesa á un viajante suyo en Alemania, y se discutía la extensión de los poderes conferidos á dicho viajante, tratando de establecer si en aquellas circunstancias debía aplicarse la ley alemana ó la francesa. El Tribunal de Leipzig decidió, y con razón, que no podían aplicarse las disposiciones del Código de comercio alemán, que da á los viajantes poderes más extensos que el Código francés; que la extensión del poder dado se debía determinar según los

(1) Conf. Cód. civ. ital., art. 1.783; francés, art. 1.985.

(2) Sentencia de 4 de Diciembre de 1871. Clunet, *Droit int. privé*, tomo I, pág. 81.

hábitos, el lenguaje, la costumbre del lugar en que se confirió el mandato, porque no podía presumirse que el mandante hubiera querido referirse á la ley extranjera. De esta sentencia deduce Laurent que el Tribunal había sostenido que el contrato debía considerarse perfeccionado en Francia.

Sin embargo, el ilustre escritor belga no ha tenido en cuenta que el objeto propio de la cuestión en el caso decidido por el Tribunal de Leipzig no era el del lugar en que el contrato debía considerarse perfeccionado, sino el de investigar la ley según la cual debía determinarse la extensión de los poderes conferidos por el mandato, y hemos hecho notar desde el principio que conviene distinguir la cuestión concerniente al mandato como relación contractual, de lo relativo al contenido del contrato, esto es, al mandato en cuanto se refiere al poder conferido por una persona á otra para gestionar ó llevar á cabo cualquier negocio en su nombre (1). Admitimos también que para determinar la extensión de los poderes conferidos, tratándose de la intención del mandante y de interpretar la voluntad de éste, la presunción más racional será la de admitir que todo debe determinarse é interpretarse con arreglo á la ley y á las costumbres que rigen en el lugar en que la proposición se hizo, pues el proponente debió naturalmente referirse á aquéllas más bien que á la ley y á las costumbres extranjeras en lo relativo al poder que quería conferir.

Aceptamos, pues, también nosotros la sentencia del Tribunal de Leipzig como conforme á los justos principios del derecho, y está ciertamente en oposición con la teoría que hemos sostenido. En sustancia, lo que el Tribunal establece es que el contenido del mandato, ó sea la extensión de los poderes que el mandante había querido conferir, debía precisarse refiriéndose á la ley del país en que se redactó el mandato, y nosotros no hemos sostenido lo contrario. Si el insigne jurisconsulto se hubiese fijado más, quizá no habría hallado, como dice, muy débiles los argumentos en que nos fundábamos para sostener que el contra-

(1) Véanse los §§ 1.141 y 1.145 de esta obra.

to de mandato se perfecciona allí donde reside el mandatario, y donde éste lo acepta y ejecuta.

1.149. Sostenemos, pues, y reproducimos la primera opinión manteniendo los principios por nosotros expuestos, y afirmamos que, cuando el mandato haya sido ó deba presumirse aceptado, nace un vínculo jurídico actual y efectivo entre el mandante y el mandatario; y así como este vínculo se forma en el lugar en donde el mandatario se encuentra, así también debe regirse por la ley allí vigente, en todo lo que se refiera á las obligaciones jurídicas que pueden derivarse en las relaciones entre el mandante y el mandatario, por virtud del contrato perfeccionado bajo el imperio de aquélla. Convendrá, pues, decidir con arreglo á dicha ley, si á falta de pacto expreso debe ó no reputarse gratuito el mandato; si el mandante debe reembolsar al mandatario de los anticipos y gastos que éste haya hecho, aunque el negocio no se haya ultimado; si debe estar el mandatario exento de las pérdidas sufridas con motivo de los negocios realizados, cuando no puede imputársele culpa alguna; si debe ó no pagársele los intereses de las sumas anticipadas desde el día en que se aprobó el pago de las mismas, etc. También convendrá referirse á la misma ley para decidir si el mandatario ha de ser responsable de los daños que se deriven del incumplimiento del mandato, y cuándo; si debe responder de la culpa cometida en la ejecución del mandato, y en qué casos; cómo debe dar cuenta de su gestión; si puede sustituirse por otro para cumplir el encargo recibido; si debe pagar intereses por las sumas de que resulte deudor; si debe considerarse obligado *in solidum* respecto al mandante con los demás mandatarios nombrados para el mismo asunto, etc.

Entendemos que está conforme con estos principios lo establecido por la sentencia del Tribunal alemán que decidió que los derechos y las obligaciones de un comisionista residente en Inglaterra respecto de su comitente, domiciliado en Alemania (1), y el derecho de hacerse pagar sobre las mercancías compradas; si el

(1) *Reichsgericht*, I, s. civ., 16 de Diciembre de 1885 (*Journal du Droit int. privé*, 1887, pág. 84).

comitente incurre en mora en la ejecución de las obligaciones, deberá regirse por la ley inglesa y por los usos allí vigentes.

1.150. En lo concerniente á las obligaciones que pueden derivarse de la ejecución del mandato respecto de los terceros con los que el mandatario haya contratado por virtud de aquél, conviene tener presente que, así como el contrato hecho por él con el tercero se perfecciona en el lugar en que se haya celebrado, y así como las obligaciones que pueden derivarse de todo negocio ultimado en un determinado lugar, deben determinarse con arreglo á los principios generales que rigen las obligaciones contractuales, así también habrá que atenerse á estos principios generales para resolver todas las cuestiones que puedan surgir entre las partes contratantes. Por consiguiente, si el mandato conferido se refiriese á una serie de actos que deban ejecutarse en distintos países y bajo el imperio de leyes diversas, deberá aplicarse siempre á cada una de estas relaciones contractuales los principios generales relativos á los contratos celebrados bajo el imperio de una ley determinada, y á que en otro lugar nos referimos.

La cuestión que podría surgir en tales circunstancias consiste en decidir si el mandante puede estar personal y directamente obligado respecto de tercero, y hasta qué punto puede estarlo.

Para resolver esta cuestión conviene consignar si el mandatario ha obrado en nombre propio, pero por cuenta del mandante, ó si lo ha hecho en nombre y como representante de éste. Pueden, en efecto, admitirse ambas suposiciones, porque la representación no puede considerarse tan esencial al mandato que deba sostenerse que el mandatario sólo pueda obrar como tal cuando represente al mandante, y que, por consiguiente, no puede existir mandato cuando el mandatario obre en nombre propio y por cuenta del mandante (1).

Por lo demás, de cualquier modo que pueda establecerse la situación de las cosas, esto es, ya sea en la hipótesis de que al ejecutar el mandatario el mandato haya contratado con tercero

(1) Confr. Chironi, *Istituzioni di Diritto civile*, t. II, § 349.

representando en este acto al mandante, ya haya procedido en nombre propio y por cuenta de éste, no cambiará por esto la naturaleza de la cosa ni respecto de lo que hemos dicho anteriormente en lo referente á las relaciones personales obligatorias entre el mandante y el mandatario, que deberán siempre regirse por la ley bajo la cual se perfecciona el contrato de mandato, ni respecto de lo que hemos indicado después acerca de la ley que deberá regir el negocio realizado con el tercero, cuyo asunto deberá ajustarse á las mismas reglas y principios que deben regular las relaciones contractuales ultimadas bajo el imperio de una ley determinada. En efecto, cuando el contrato entre el mandatario y el tercero se haya celebrado válidamente, deberá mantenerse y observarse. Todo se reducirá, pues, á establecer si el obligado personalmente respecto del tercero ha de ser el mandatario ó el mandante.

Quando en ejecución del mandato y manteniéndose el mandatario en los límites de aquél hayan celebrado un contrato con un tercero, resulta claro que, así como él habría contratado en calidad de representante del mandante, así también debe considerarse á éste como parte contratante y obligado personalmente respecto del tercero con el que haya contratado por medio de su procurador (1). No podrá, pues, invocar la ley para eludir, respecto de todas las consecuencias del contrato, la aplicación de la legislación vigente en el lugar en que el mandatario haya contratado en nombre de aquél con un tercero. En la cuestión Pattison, dice muy oportunamente el Lord Canciller: «Si yo, que resido en Inglaterra, confiero mandato á mi agente en Escocia y

(1) Debe entenderse que para que los actos realizados por uno por cuenta de otro puedan obligar á éste en concepto de mandante, debería ser cierta y estar plenamente demostrada la cualidad de mandatario en el momento del contrato, y si fuese impugnada correspondería á los Tribunales comprobar y declarar de hecho si existe realmente el mandato y si debe reputarse establecida la cualidad de mandatario respecto á tercero. El Tribunal de Casación francés sostiene que la sentencia en que, apreciando los hechos y las circunstancias, haya el Tribunal decidido que no existe prueba de un mandato, no es susceptible de casación.—Cass. 17 Noviembre 1856 (*Journal du Palais*, 1858, pág. 251).

éste celebra contratos por mi cuenta, es lo mismo que si yo me trasladase allí en persona y los celebrase» (1).

Por el contrario, cuando el mandatario contrate en su propio nombre, quedará obligado respecto del tercero, puesto que las consecuencias del negocio por él efectuado por cuenta del mandante en las relaciones entre ellos estipuladas, debían regirse por la ley bajo cuyo imperio se haya celebrado el contrato de mandato.

1.151. Podría suceder que el mandatario contratase en su propio nombre pero por cuenta del mandante, y que en lugar de mantenerse estrictamente en los límites del mandato, infringiese las órdenes recibidas, y que el mandante ratificase después, respecto al tercero de buena fe, lo convenido. En tal caso, todas las consecuencias que pudieran derivarse de la ratificación en las relaciones entre el mandante y el tercero, deberían regirse por la ley del lugar donde primeramente se concluya el negocio y no por la de aquél en donde fué ratificado.

La razón de esto la da Casaregis, el cual excluye, en lo concerniente á los efectos de la ratificación relativamente al contrato, la aplicación de la ley del lugar en que resida el mandante que lo haya ratificado.

«*Ratio rationis est, dice, quia consensus ratificantis non unitur in loco suo ad aliquem actum seu contractum perficiendum, sed acceptandum contractum vel negotium pro se in loco gestori jam factum, ac si eodem tempore et loco, in quo fuit per gestorem negotium gestum, ipsemet ratificans esset praesens, ibique contraxisset*» (2).

Sin embargo, ésto concierne siempre al asunto jurídico respecto del tercero con el que se haya concluido, y no se opondría á que en las relaciones entre el mandante y el mandatario, en el caso de realizar el negocio traspasando los límites del mandato, se deba aplicar siempre la ley del lugar en que se haya per-

(1) Citado por Story, *Conflict of Laws*, § 285.

(2) Casaregis, *Discursus*, 139, §§ 20, 64, 76 y 80; De Lucca, *Discursus*, 47, núm. 9.º; Delamare, tomo I, núm. 165; Pardessus, *Dro. comm.*, número 1.354.

feccionado el contrato, esto es, en el que se acepta el mandato. Por consiguiente, aunque con arreglo á dicha ley el mandatario estuviese obligado por toda culpa, y se admitiese ésta por su parte, siempre que hubiese transgresión de las órdenes del mandante y no obstante la sustitución de la cosa pedida con otra mejor, podrá el mandante fundarse en la ley del contrato para sostener la responsabilidad del mandatario á pesar de que fuesen distintas las reglas sancionadas por la ley vigente en el país en que se confirió el mandato y donde se efectuó la ratificación, ó según la del país en que se ultimó el negocio jurídico ratificado (1).

1.152. Las reglas por nosotros establecidas deberán aplicarse no sólo en el caso en que el mandatario contrate con terceros como procurador del mandante y representante suyo, sino también cuando ejecutando el mandatario su encargo asuma la posición de tercero, haciendo por cuenta propia y en interés del mandante lo que habría debido hacer con el tercero.

Supongamos, por ejemplo, que el mandato se haya dado para comprar una cantidad de mercancías, y que teniéndolas el mandatario, en vez de comprarlas á un tercero expida las propias en ejecución del mandato.

En esta hipótesis debería distinguirse en el acto jurídico de dos contratos distintos, á saber: el de mandato y el de venta, y debería aplicarse á ambos la ley bajo cuyo imperio se haya perfeccionado cada uno de ellos. Deberá, por tanto, decidirse con arreglo á los principios generales relativos á la venta si la mercancía vendida debía considerarse puesta bajo el dominio del mandante antes de haber llegado á su poder, puesto que había sido consignada á su orden en ejecución del mandato y puesta á cuenta del mandante, y esto lo decimos fundándonos en las razones dadas por Casaregis.

«Nam mercator transmittens merces ex ordine sui correspondentis duplicem induit personam, unam namque venditoris, alteram pro curatoris sui correspondentis emptoris, cujus vice et nomine à se ipso

(1) Conf. Cass. frac., 28 Marzo 1855 (*Journal du Palais*, 1857, 218) y Pothier, *Du mandat*, Sec. III, §§ 90 y siguientes; Troplong, ídem, núm. 601.

recipit mercium traditionem, mensurationem et poderationem vel numerationem convento pretio, quo in libris et in literis reciproce intervenientibus adnotatur: ex quo certe sequitur, quod data in deditatione mercatoris committentis, praeditae merces transmissae considerantur in illius vel de illius patrimonio, licet adhuc ipsae existrent in navi aut in dohana, in qua depositae fuerunt» (1).

En el caso supuesto no podrá, pues, el mandatario tener más derechos que los correspondientes al tercero, y deberá resolverse con arreglo á la ley del lugar en que se haya celebrado el contrato, si aquél debe ó no considerarse autorizado para reivindicar la mercancía vendida, y en qué circunstancias debería admitirse ese derecho. Si éste, careciendo de fondos para pagar la mercancía, hubiese cargado en cuenta al mandante el precio, esto no modificaría las consecuencias de la venta, porque equivaldría á si hubiese comprado á otro la mercancía pagándola con su dinero. Por lo demás, deberá decidirse siempre de conformidad con la ley que deba regular el contrato de mandato y todos los derechos del mandatario que lo haya ejecutado, si siendo él, en su cualidad de mandatario, acreedor por el precio de la mercancía adquirida en nombre y por cuenta del mandante, debería ó no considerarse subrogado por ministerio de la ley en los derechos correspondientes al vendedor por la mercancía vendida y no pagada.

No entramos en otros detalles porque creemos que las aplicaciones apuntadas son suficientes para esclarecer los principios por nosotros expuestos respecto de la autoridad de la ley por que deben regirse las operaciones que se derivan del mandato y ejecutadas en diversos lugares, y los derechos y obligaciones del mandatario en sus relaciones con el mandante y las que uno y otro contraen con los terceros.

Armonízase con los principios expuestos la doctrina de una sentencia del Tribunal de Marsella, en la cual se decidió que si según los usos de la plaza en que se haya efectuado la venta por medio de mandatario se concede al comprador un plazo de favor para pagar el precio, no podrá obligarse al mandatario á pagar

(1) Casaregis, *Discursus*, 38, núms. 51 á 55.

dicho precio hasta pasado el mencionado plazo, y que si en estas circunstancias y antes de haber transcurrido el término procediese el comisionista contra el comitente para el pago del precio, quedaría obligado á indemnizar los daños y perjuicios al mismo (1).

1.153. Pasemos ahora á examinar en qué casos debe prevalecer la autoridad de la ley del país en que se haya conferido el mandato.

Analizando cuidadosamente el contrato de mandato en su mecanismo interno, hemos hecho notar desde el principio cuán indispensable es distinguir bien los dos elementos que integra todo acto jurídico, esto es, la oferta del encargo de realizar un determinado asunto y el poder conferido al efecto, la aceptación y la relación contractual consiguiente. La oferta no establece por sí misma ningún vínculo jurídico, pues éste se forma mediante la aceptación. Esta es, por tanto, la que debe considerarse como el objeto del contrato; de donde se deduce que siempre que se trate de determinar la naturaleza del mandato, la extensión de éste y de los poderes conferidos, deberán tenerse en cuenta la ley y las costumbres vigentes en el lugar desde el que se hizo la oferta.

La naturaleza y la extensión de los poderes conferidos debe comprenderse en el campo de la autonomía individual, y como se trataría de la interpretación de la libre voluntad expresada por el mandante, es lógico admitir que debe presumirse, por regla general, que éste no haya podido hacer la oferta y conferir los poderes refiriéndose á una ley extranjera. Todo esto sólo puede depender de la ley de su país. Por consiguiente, para decidir, por ejemplo, si el mandato conferido debe reputarse especial ó general, y si teniendo en cuenta los términos en que se haya concebido puede comprender solamente los actos de administración ó también los de enajenación; si incluye la facultad de transigir ó de adquirir compromisos, etc., todo esto debe depender de la ley bajo cuyo imperio se ha conferido el mandato

(1) Marsella 16 Octubre 1833; *Journ. du Mars.*, 14, 1, 79. Conf. Marsella 24 Enero 1851, *ibidem*, 30, 1, 141.

y no de la vigente en el lugar en donde éste se haya aceptado ó ejecutado.

Del mismo modo deberá también resolverse la cuestión de si el mandato conferido por varias personas para un asunto común puede ó no llevar consigo la obligación solidaria de los mandantes respecto del mandatario para todos los efectos del mandato (1).

Suponiendo, pues, que se haya conferido un mandato con facultad ilimitada bajo el imperio de una ley que disponga que para concluir un contrato de préstamo ó de mandato se requiere un poder especial, es claro que, aceptando el mandatario tal poder ilimitado, no puede referirse á la ley propia para interpretar con arreglo á ella las facultades ilimitadas que le hayan sido conferidas, sino que deberá siempre atenerse á la ley del mandante, y no creemos necesario agregar nada más para aclarar nuestro pensamiento.

Únicamente, para aquello que pueda ocurrir al ejecutar el mandato, podrá el mandatario referirse á la ley del lugar en que aquél deba ejecutarse. Así, pues, un mandato aceptado bajo el imperio del Código civil austriaco atribuiría al mandatario el derecho á emplear todos los medios necesariamente conexos con la naturaleza del asunto ó que estén conformes con la intención declarada del mandante, aunque se tratase del mandato limitado, todo de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.009 de dicho Código, y porque debe admitirse que el que confiere el mandato para realizar un negocio en Austria, limitando el objeto del mandato, ha tenido sin duda la intención de conferir al mandatario el derecho de utilizar todos los medios permitidos por la ley austriaca para ejecutar el mandato. Esto, sin embargo, no se refiere al contenido del mandato, sino á todo aquello que afecta á su cumplimiento y ejecución.

1.154. Examinemos ahora las dudas que pueden surgir con motivo de la cesación del mandato y de la ley que debe regirle.

(1) Así sucede según el Código civil italiano, art. 1.556 y según el francés, art. 1.002.

El mandato puede cesar de diversos modos: por la muerte del mandante ó por la del mandatario; por un cambio de estado personal; por terminación del asunto ó por haber espirado el plazo para que se confirió; por revocación hecha por el mandante, ó por renuncia del mandatario. Conviene examinar estos diversos modos de extinguirse el mandato en relación con las consecuencias que pueden derivarse entre el mandante, el mandatario y sus herederos, ó entre ellos y los terceros. Como el contrato entre el mandante y el mandatario con todas las consecuencias que se derivan de las relaciones contractuales, subsiste hasta que sea extinguido, todo se reduce á examinar según qué ley debe considerarse efectuada la extinción del contrato. Ahora bien, habiendo nosotros sostenido que éste se perfecciona en el lugar en que se ha aceptado, conviene también referirse á la ley allí vigente para decidir cuanto puede ocurrir respecto á la extinción de dicho contrato. Suponiendo, pues, que según dicha ley la revocación del mandato no sea eficaz hasta que aquélla se haya notificado en forma al mandatario, es claro que las obligaciones contractuales que se hayan contraído deberán reputarse subsistentes hasta el momento en que se haya hecho la notificación con las formalidades exigidas por la ley del país donde el mandato se haya aceptado.

La muerte del mandante extingue el mandato, salvo el caso en que no se trate de un negocio que deba efectuarse después de haber ocurrido aquélla; pero convendrá referirse á la ley del lugar en que se haya aceptado y deba ejecutarse, para decidir respecto de las consecuencias que pudieran surgir en el caso de que el mandatario hubiese efectuado en nombre del mandante algunos actos cuando ignoraba su muerte, y para decidir de qué modo podía establecerse la certeza del conocimiento ó de la ignorancia del fallecimiento.

Para lo concerniente á las relaciones entre el mandante y el mandatario y los herederos del uno ó del otro, convendrá decidir tales cuestiones examinando qué obligaciones, de las que se derivan del mandato, pasan á los herederos y cuáles no. Si el mandato se extinguiese antes de haber comenzado á ejecutarse, los herederos del mandatario no podrán ingerirse en él, y si lo

hicieren no podrán alegar derechos respecto del mandante; pero si el mandato estuviese ya ejecutándose y sólo se tratase de completar la ejecución comenzada, deberán los herederos considerarse obligados respecto del mandante no sólo á rendir cuentas de lo hecho, sino á completar la ejecución comenzada (1), y la acción de mandato respecto á ellos deberá regirse por la ley bajo la cual se haya perfeccionado el contrato.

Suponiendo, por ejemplo, que uno haya dado mandato para comprar mercancías en Holanda y expedirlas á Francia, y que el mandatario después de haber hecho la adquisición y antes de expedirlas haya muerto, no podrían los herederos retener las mercancías, sino que deberían expedirlas, porque el envío es una consecuencia necesaria de la compra hecha por cuenta del mandante y el cumplimiento de la obligación asumida por el difunto mediante el mandato, y todas las consecuencias que pueden derivarse del retraso del envío, y la responsabilidad consiguiente, pasarán á los herederos, y deberán regirse por la ley bajo la cual se perfeccionó el contrato de mandato. En efecto, aunque el heredero del mandatario no haya contratado deberá considerarse obligado á terminar lo que había comenzado el difunto en interés de otro, y quedar sometido á todas las consecuencias que puedan derivarse del cumplimiento de la obligación con arreglo á la ley holandesa bajo la cual se perfeccionó el contrato y comenzó su ejecución (a). *Quae per defunctum inchoata sunt, per haeredem explicari debent* (2).

Por la misma razón, aunque el mandato se extinga por la muerte del mandante, si el mandatario hubiese hecho lo que tenía derecho á hacer según la ley bajo la cual aceptó el man-

(1) L. 29, § 3.º Digesto, v.º *Mandato*.

(a) Los arts. 1.725 y 1.726 de nuestro Código civil son copia literal de los 1.762 y 1.763 del Código italiano; por consiguiente, la doctrina establecida por Mr. Fiore es aplicable en igual forma á España.

También la establece muy análoga nuestro Código de comercio en sus arts. 280 y 290 respecto de la muerte del comitente ó del comisionista ó factor por él apoderados.

(2) L. 40 Digesto, v.º *Pro socio*.

dato, los herederos ú otros sucesores universales del mandante no podrán desconocer la autoridad de dicha ley, ni eximirse de la obligación impuesta por ella de indemnizar al mandatario ni de ratificar lo que éste haya hecho. Si un francés, por ejemplo, hubiese dado encargo á uno que residiera en América de comprar ciertas cosas, y el mandatario lo hubiese efectuado después de la muerte del mandante, pudiendo probar que lo hizo legalmente con arreglo al derecho americano en ejecución del mandato, los herederos ó sucesores universales del francés no podrían rechazar la *actio mandati* ni desconocer los actos realizados, como tampoco pretender dejar la mercancía adquirida por cuenta del mandatario, aduciendo que el negocio se efectuó después de la muerte del mandante y que el Código francés dispone que el mandato concluye con la muerte de éste. Contraria á este precepto es la sentencia de Ulpiano, que dice: *mandatum morti mandatoris, non etiam mandati actio solvitur* (1); y la de Paulo: *mandatoris morti solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare* (2). La razón es porque, estando el mandante obligado por el mandato, la obligación por él contraída para ese asunto jurídico pasa á los herederos, y debe regirse también respecto de ellos por la ley bajo la cual haya sido concluído el contrato, y, por consiguiente, deben los herederos considerar obligatorio, por lo que á ellos se refiere, todo lo que el mandatario haya hecho legalmente en ejecución del mandato que se le haya conferido.

1.155. Finalmente, respecto de los terceros, deberá aplicarse la ley vigente en el lugar en que el mandatario haya contratado con ellos, y, por consiguiente, si con arreglo á dicha ley los derechos de los terceros que hayan contratado de buena fe estuviesen protegidos, no podría aplicarse, sin faltar á los principios de la equidad, la ley extranjera para decidir respecto de los derechos de los terceros. El acto jurídico realizado bajo el imperio de la ley territorial impone la aplicación de esta ley para las consecuencias que del negocio puedan derivarse res-

(1) L. 58 Dig., v.º *Mandato*.

(2) L. 26 ídem, íd.

pecto de los terceros que hayan contratado bajo la tutela de la ley vigente en el lugar del contrato.

1.156. Sólo resta decir algunas palabras respecto de la forma del contrato de mandato, para lo cual conviene tener presente la regla general *locus regit actum*, y advertir además que, así como todo acto debe hallarse revestido de las formalidades exigidas para su regularidad, con arreglo á la ley del lugar en que deba tener valor jurídico, debe también suceder lo mismo con el contrato de mandato.

Como consecuencia de tales principios deberá admitirse que, cuando según la ley del país en que se haya conferido el mandato, pueda darse éste en cualquier forma: por documento público, por documento privado ó verbalmente, cuando dicho mandato deba surtir efecto en otro país, en donde según la ley vigente se exija expresamente la firma auténtica para atribuirle valor jurídico, convendrá ajustarse á las prescripciones de la ley del lugar. Así, por ejemplo, si en un país cualquiera se confiriere poder para hacerse representar en Italia en un acto del estado civil, este mandato no podría tener valor si no se hubiese hecho por documento público, porque nuestro Código civil, en su art. 354, exige expresamente que el mandato para representar á una persona en la formación de un acto de estado civil deberá ser especial y auténtico, y lo mismo dispone el Código francés en su art. 36. Esto mismo debería decirse si se aceptase una donación hecha á un italiano, y el donatario quisiera conferir poder para aceptarla en su nombre. El mandato deberá redactarse en forma auténtica con arreglo al art. 1.058, y si se tratase de aceptarlo en Francia (1), habría que atenerse á lo que

(1) En Italia ha sido objeto de viva controversia si el mandato conferido para efectuar uno de los actos para los que la ley, artículo 1.314 del Código civil, exige, so pena de nulidad, el documento público ó el privado, debe hacerse también con las mismas formalidades exigidas para la validez de tales actos. Esta cuestión se ha resuelto por la jurisprudencia en sentido diverso, habiendo sostenido algunos tribunales que el poder conferido para estipular dichos actos debía subordinarse para su validez á las reglas generales del derecho (Trib. de apel. de Roma, 30 Marzo 1882; ídem de

dispone, para la validez del mandato, el art. 933 del Código francés.

Casala, 1.º Diciembre 1868; ídem de Turín, 11 Mayo 1866). Otros tribunales han resuelto que el mandato sólo puede ser válido cuando se haya hecho con las formalidades requeridas por el art. 1.314 para la validez de los actos (V. casac. de Florencia, 29 Julio 1867 y 25 Julio 1878; ídem de Turín, 9 Julio y 13 Diciembre 1878; apel. de Milán, 1.º Diciembre 1880, y las notas y referencias en el *Foro italiano*, t. III, pág. 1.031; t. VIII, pág. 624).—No es ocasión de discutir esta materia; sólo advertimos que de resolverla en uno ú otro sentido depende el admitir ó no que el mandato otorgado en el extranjero para llevar á cabo en Italia uno de los actos enumerados en el artículo 1.314 deba permanecer bajo el imperio de la regla *locus regit actum*, ó quedar sujeto á las disposiciones del art. 1.314 para su validez respecto de la forma. No es difícil comprender que para no exponerse á la nulidad del acto mismo, aconseja la prudencia que se redacte el poder en la forma exigida por el mencionado artículo del Código italiano.

CAPITULO VI

De la transacción.

1.157. Concepto de la transacción.—**1.158.** Determinación general de la ley por que debe regirse.—**1.159.** Cómo se aplica á ella la regla *locus regit actum*.—**1.160.** De la ley que debe regir el objeto de la transacción.—**1.161.** Autoridad de la *lex fori* en esta materia.—**1.162.** De los efectos de la transacción.—**1.163.** Cómo debe procederse para atribuir fuerza ejecutiva á una transacción concluida en el extranjero.—**1.164.** De las causas de nulidad y de rescisión de la transacción.

1.157. El legislador francés define la transacción como un contrato en virtud del cual las partes ponen fin á una contienda ya entablada ó previenen lo que pueden hacer. Esta definición no expresa con exactitud y precisión jurídica el contrato especial de que ahora vamos á ocuparnos, puesto que se puede poner término á un litigio ó prevenirle en actos que tiendan á este fin, pero que no pueden calificarse de transacción. Así, pues, podrá suceder, por ejemplo, que un pleito termine á consecuencia del allanamiento á la demanda; ó que se prevenga por parte de aquél que por acto de mera liberalidad no ejercite la acción judicial para sostener un derecho cierto é incuestionable, y tanto en uno como en otro caso, no podrá decirse que existe una transacción. Esta, según el concepto exacto de los jurisconsultos romanos y de los antiguos, debe tener como elemento esencial el *aliquid hinc inde datum, promissum, vel retentum* (1), por lo cual no puede decirse que transige, sino que da *qui rem certam et indubitatem liberalitate remittit* (2).

(1) L. 38, Cód., *De transact.*

(2) L. 1, Digesto, *De transact.*

dispone, para la validez del mandato, el art. 933 del Código francés.

Casala, 1.º Diciembre 1868; ídem de Turín, 11 Mayo 1866). Otros tribunales han resuelto que el mandato sólo puede ser válido cuando se haya hecho con las formalidades requeridas por el art. 1.314 para la validez de los actos (V. casac. de Florencia, 29 Julio 1867 y 25 Julio 1878; ídem de Turín, 9 Julio y 13 Diciembre 1878; apel. de Milán, 1.º Diciembre 1880, y las notas y referencias en el *Foro italiano*, t. III, pág. 1.031; t. VIII, pág. 624).—No es ocasión de discutir esta materia; sólo advertimos que de resolverla en uno ú otro sentido depende el admitir ó no que el mandato otorgado en el extranjero para llevar á cabo en Italia uno de los actos enumerados en el artículo 1.314 deba permanecer bajo el imperio de la regla *locus regit actum*, ó quedar sujeto á las disposiciones del art. 1.314 para su validez respecto de la forma. No es difícil comprender que para no exponerse á la nulidad del acto mismo, aconseja la prudencia que se redacte el poder en la forma exigida por el mencionado artículo del Código italiano.

CAPITULO VI

De la transacción.

1.157. Concepto de la transacción.—**1.158.** Determinación general de la ley por que debe regirse.—**1.159.** Cómo se aplica á ella la regla *locus regit actum*.—**1.160.** De la ley que debe regir el objeto de la transacción.—**1.161.** Autoridad de la *lex fori* en esta materia.—**1.162.** De los efectos de la transacción.—**1.163.** Cómo debe procederse para atribuir fuerza ejecutiva á una transacción concluida en el extranjero.—**1.164.** De las causas de nulidad y de rescisión de la transacción.

1.157. El legislador francés define la transacción como un contrato en virtud del cual las partes ponen fin á una contienda ya entablada ó previenen lo que pueden hacer. Esta definición no expresa con exactitud y precisión jurídica el contrato especial de que ahora vamos á ocuparnos, puesto que se puede poner término á un litigio ó prevenirle en actos que tiendan á este fin, pero que no pueden calificarse de transacción. Así, pues, podrá suceder, por ejemplo, que un pleito termine á consecuencia del allanamiento á la demanda; ó que se prevenga por parte de aquél que por acto de mera liberalidad no ejercite la acción judicial para sostener un derecho cierto é incuestionable, y tanto en uno como en otro caso, no podrá decirse que existe una transacción. Esta, según el concepto exacto de los jurisconsultos romanos y de los antiguos, debe tener como elemento esencial el *aliquid hinc inde datum, promissum, vel retentum* (1), por lo cual no puede decirse que transige, sino que da *qui rem certam et indubitatem liberalitate remittit* (2).

(1) L. 38, Cód., *De transact.*

(2) L. 1, Digesto, *De transact.*

El legislador italiano ha dado una definición más exacta y completa. «La transacción, dice, es un contrato por el que las partes, dando, prometiendo ó reteniendo cada cual una cosa, ponen fin á un litigio ya entablado ó previenen otro que pueda surgir» (a).

Aceptando nosotros este concepto, como determinativo de la naturaleza propia y del carácter sustancial del contrato, debemos limitarnos aquí á exponer los principios más adecuados para determinar la ley por que debe regirse. Teniendo en cuenta las reglas expuestas en la parte general, bastará resolver únicamente cualquier duda que pueda surgir al aplicarlas.

1.158. Debemos, ante todo, tener en cuenta, que la transacción debe considerarse como un contrato que subsiste por sí y que puede también considerarse en relación al objeto á que se refiere. Bajo el primer aspecto convendrá tener presentes los principios generales concernientes á los asuntos jurídicos realizados y perfeccionados en un lugar determinado y en relación con la ley que debe regirlos. Por consiguiente, cuando se trate de determinar lo que han querido hacer las partes, deduciéndolo de la naturaleza del acto, de su intención y de las circunstancias, convendrá referirse á la ley del lugar en donde se efectuó el negocio á fin de interpretar y completar todo lo que no se haya declarado expresamente. Si se tratase, por ejemplo, de determinar la naturaleza y el valor de una transacción estipulada en términos generales, supuesto que las partes extranjeras y de países diversos habrán transigido sobre todos los asuntos que puedan existir entre ellas, deberá aplicarse la ley bajo cuyo imperio se haya celebrado dicho contrato, para decidir acerca de la extensión de las obligaciones recíprocas que quisieron asumir, de la forma del acto y de su valor intrínseco; y para todo aquello que no resulte del documento mismo y de la intención de las partes determinada por las circunstancias, convendrá atenerse á los principios generales según los cuales deban interpretarse los contratos estipulados bajo el imperio de una ley determinada.

(a) De este artículo es copia literal el 1.809 del Código civil español.

Lo mismo deberá decirse si se tratase de determinar el valor de un pacto convenido entre las partes al hacer la transacción, como, por ejemplo, el de una pena impuesta contra el que no cumpla lo pactado, y se dudase del valor de la cláusula penal, esto es, si podía surtir ó no el efecto de una compensación de daños. También en este caso convendría referirse á la ley bajo cuyo imperio se hubiese hecho la transacción (1).

1.159. Deberá además tenerse presente la *lex loci contractus* para resolver las cuestiones relativas á la forma exterior y de prueba de la transacción. Debe, en efecto, admitirse también respecto de este contrato la aplicación de la conocida regla *locus regit actum*, entendiendo, sin embargo, que esto es aplicable á los casos en que se trate de cuestiones relativas á las formas extrínsecas y á la prueba del asunto jurídico, y que no sostenemos la misma regla en el caso de que se exija una forma determinada para la manifestación válida del consentimiento según la ley del país en donde la transacción deba tener eficacia jurídica, porque en tal caso no podría sostenerse como válida, en virtud de la regla *locus regit actum*, la transacción frente á la ley del país en que deba hacerse valer, cuando esta ley no reconozca, como válidamente prestado, el consentimiento para transigir, sino cuando aquél se manifieste mediante un documento redactado en una forma determinada.

Según el art. 2.044 del Código civil francés, deberá redactarse por escrito el contrato de transacción. También el legislador italiano dispone que debe hacerse por documento público ó privado, so pena de nulidad de las transacciones (núm. 7.º del

(1) Según el art. 1.767 del Código italiano, cuando en la transacción se haya estipulado una pena contra el que no la cumpla, esta pena hace las veces de compensación por los daños ocasionados con el retraso, continuando subsistente la obligación de ejecutar la transacción. En el Código francés no se encuentra en el art. 2.047 la disposición concordante respecto de las consecuencias de la cláusula penal, por lo que allí se ha decidido que la parte en cuyo favor se haya dado el caso de la cláusula penal, no puede pedir la ejecución de la transacción. Véase Aubry y Rau, tomo IV, § 420, pág. 667, texto y nota 14, y las citas allí hechas.

artículo 1.314). Ahora bien, por virtud de tales disposiciones es indudable que ninguna transacción que haya de surtir sus efectos en Francia ó en Italia podrá ser válida si no se manifestase por escrito el consentimiento correspondiente. Debemos, sin embargo, advertir que así como con arreglo á la jurisprudencia italiana (1) se ha sostenido que el art. 1.314 del Código civil se refiere á las transacciones en esta materia y no á las que se refieren á los negocios comerciales, así también en nuestro mismo país, por virtud del principio *locus regit actum*, podría sostenerse como válida una transacción relativa á un negocio comercial sujeto á nuestra ley, aunque no resultase de documento escrito, si se hubiese hecho en el extranjero y se pudiese sostener como válidamente concluida (teniendo en cuenta la forma y los medios de prueba), según la ley extranjera bajo cuyo imperio se haya hecho la transacción.

Juzgamos útil advertir que así como la regla *locus regit actum* no puede considerarse imperativa y debe reputarse, por el contrario, potestativa de las partes contratantes al referirse en la redacción de un documento á la ley del lugar en que éste ha de hacerse valer, así también las disposiciones del art. 2.044 del Código francés y del 1.314 del italiano deben tener autoridad absoluta respecto de las transacciones hechas en cualquier lugar para que surtan efectos en Francia ó en Italia, pero que no puede negarse á los extranjeros que quieran hacer una transacción en uno ú otro país, el poderla concluir sin redactarla por escrito, y aprobada en el país extranjero con arreglo á la ley ante la cual deba ser válida la transacción por ellos efectuada. No puede, en verdad, atribuirse la autoridad del estatuto real á los citados artículos para sostener que deben tener autoridad absoluta respecto de los extranjeros que bajo el imperio de aquéllos lleven á cabo una transacción que deba tener valor jurídico en país extraño.

1.160. En cuanto á la capacidad para transigir, es claro

(1) Véase Cas. de Florencia, 24 Noviembre 1881 (*Anales de jurisprudencia italiana*, XV, 1, 529).

que debe referirse á la ley personal, y considerando que la transacción es un acto de disposición (1) (*transigere est alienare*), convendrá referirse á la ley personal, no en lo que ésta atribuye la capacidad de obligarse, sino la de disponer y enajenar, y decidir con arreglo á la misma cuáles son las personas llamadas á representar ó asistir á un menor ó incapaz que quiera llevar á cabo una transacción, y cuándo será necesaria para ello la aprobación del Tribunal. Por consiguiente, en los casos previstos por la ley á que está sujeta la persona que haya transigido, podrá considerarse válida la transacción efectuada por quien no tenga capacidad de disponer. Así, por ejemplo, si se tratase de una herencia que según las reglas del derecho deba regirse por la ley italiana, podrían reputarse válidas las transacciones hechas de buena fe con el heredero aparente en virtud de lo que dispone á este propósito el art. 933 del Código civil italiano, que excepcionalmente atribuye valor á dicho acto para poner á salvo los derechos de los terceros.

Cuando la transacción se refiere á un asunto en el que están autorizadas varias personas, la capacidad para transigir deberá determinarse de conformidad con las reglas que deben marcar la capacidad correspondiente á uno de los interesados en un negocio común para llevar á cabo actos de disposición en interés de todos. En tal caso convendrá tener presente no ya las reglas acerca de la capacidad individual para transigir, sino las concernientes á la capacidad de una de ellas para representar á las demás personas ligadas por un interés común. Por consiguiente, cuando varias personas cointerésadas en un asunto común, pero representando cada cual un derecho propio y teniendo capacidad para transigir, hayan efectuado la transacción, deberá considerarse ésta válidamente hecha sólo en interés de aquel que la haya llevado á cabo y respecto de aquellos con quienes estuviere de acuerdo para ello; pero en cuanto á los demás que hayan per-

(1) Conf. Accarias, *Etude sur la transaction en droit civil et en droit romain*; Duranton, XVIII, 407 y siguientes; Aubry y Rau, § 420; Pont, IX, 509 y siguientes; Trib. de Cass. de Palermo, sent. 13 Enero 1869. Leg., X, 1.025.

manecido extraños, no pudiendo admitirse el concepto de la representación, deberá considerarse la transacción como ineficaz y sin ningún valor ni efecto.

1.161. Pasando ahora á tratar de la transacción con relación al objeto á que se refiere, conviene tener presente que debe decidirse con arreglo á la ley bajo cuyo imperio deba estar el derecho controvertido ó el negocio dudoso á que la transacción se refiera, si ésta puede ó no tener valor jurídico. Así, por ejemplo, cuando surja una cuestión entre un marido y una mujer extranjera acerca de los derechos correspondientes al uno ó á la otra para obtener los alimentos ó de los que puedan derivarse de los actos de administración de los bienes dotales, ó de aquellos otros actos concernientes á las razones alegadas por la mujer respecto de su dote, deberá decidirse con arreglo á la ley que deba regir las relaciones de estos cónyuges extranjeros, si puede ó no admitirse la transacción como eficaz en uno ú otro de los casos mencionados.

Así también, en la hipótesis de la sucesión de un extranjero abierta en Italia, cuando surja entre las partes cualquier contienda relativa á los derechos que á cada una de ellas correspondan respecto de la herencia, y se quisiese hacer respecto de ella una transacción, habrá de decidirse con arreglo á la ley que deba regir los derechos sucesorios, si las respectivas pretensiones relativas á la herencia en cuestión, pueden ser ó no objeto de transacción; y cuando la transacción haya sido acordada, será necesario decidir de conformidad con dicha ley, si la transacción convenida deberá ó no ser reputada nula absolutamente y en su totalidad, ó sólo en parte, y si puede admitirse la divisibilidad de la transacción misma.

1.162. Conviene advertir que cuando el fin de la transacción sea poner término á un litigio, no podrá la ley del país en que aquél haya surgido y donde los Tribunales competentes se hallen investidos de poder para decidirlo, tener autoridad para determinar el valor jurídico de la transacción respecto del objeto á que se refiera, puesto que así como el objeto de la contienda, considerado en sí mismo, debe regirse, en la hipótesis propuesta, por la ley extranjera, así también resulta evidente

que debe decidirse según la misma ley si puede ó no tener efecto la transacción.

Es á todas luces evidente que la *lex fori* puede tener autoridad para determinar en qué estado del juicio habrá de tener lugar la transacción, y cuáles pueden ser las consecuencias de lo convenido respecto de las acciones judiciales incoadas, respecto de los gastos del litigio, y de todo aquello que concierne al orden del juicio y al procedimiento; pero no para determinar si en lo que se relaciona con el objeto en cuestión puede admitirse ó no la transacción. Como esto concierne al contenido del derecho mismo, deberá regirse por la ley extranjera, con arreglo á la cual deberán declararse por el Magistrado los derechos correspondientes á las partes.

La *lex fori* debe aplicarse para decidir el valor jurídico de la transacción en los casos en que el juicio se haya incoado por razones de interés público, porque, en este caso, como el procedimiento mismo se habría iniciado por virtud de la ley territorial, debería decidirse evidentemente con arreglo á la misma si podía ó no terminar aquél mediante la transacción. Así, por ejemplo, en el supuesto de que el ministerio público iniciase un procedimiento contra un padre extranjero que hallándose en Italia abusase de la patria potestad ó de los medios de corrección ó de disciplina, debería decidirse con arreglo á ley italiana si podía ó no transigirse la cuestión promovida de este modo. Deberá decidirse, además, con arreglo á la ley territorial si la transacción convenida entre las partes respecto de las consecuencias civiles que puedan derivarse de un delito, puede ó no ser obstáculo á la prosecución del procedimiento penal. Siendo de interés público la represión de todo acto delictuoso, es evidente que cualquiera que pueda ser la ley extranjera de las partes, deberá decidirse siempre de conformidad con la ley territorial, si se puede ó no transigir sobre las materias que interesan al orden público, y cuáles pueden ser las consecuencias de la transacción.

1.163. Por lo que respecta á los efectos de la transacción, advertimos que como ésta consiste principalmente en el *aliquid hinc inde datum, promissum, vel retentum*, para determinar el

contenido de la misma, esto es, los efectos que de ella pueden derivarse teniendo en cuenta la limitación del objeto de la transacción, conviene referirse principalmente á la intención de las partes contratantes. El efecto inmediato de la transacción es poner término á las cuestiones indicadas expresamente por las partes ó que resulten de su intención presunta determinada por las circunstancias, ó de cualquier declaración hecha. En caso de duda convendrá referirse á la ley bajo cuyo imperio esté el objeto de la transacción, para determinar los efectos inmediatos de la misma, esto es, el objetivo ó fin que las partes se hayan propuesto con la transacción efectuada.

Debemos á este propósito advertir que, con arreglo á lo dispuesto en el Código francés, artículo 252, con el que concuerda el 1.772 del Código italiano (a), las transacciones tienen entre las partes la autoridad de una sentencia firme. No puede, sin embargo, deducirse de aquí que una transacción convenida en el extranjero á consecuencia de un pleito allí iniciado ante los Tribunales deba equipararse á una sentencia, y que queriendo hacerla valer en otro país haya de someterse á las mismas reglas que las sentencias pronunciadas en el extranjero. Aunque el legislador haya asimilado una cosa á la otra, no por esto puede confundirse la naturaleza de ambas y sostener, por ejemplo, que la transacción convenida en Francia entre las partes que hayan iniciado un pleito ante aquellos Tribunales, no puede tener valor en Italia sino bajo las condiciones sancionadas por nuestro legislador para la ejecución de las sentencias pronunciadas en la vecina República.

(a) Análoga disposición contiene nuestro Código civil en su art. 1.816. Sin embargo, el segundo párrafo del citado artículo del Código italiano, no tiene equivalente, ni en forma ni en concepto en el Código español.

Establece el primero de dichos Códigos en el artículo y párrafo mencionados, que las transacciones «no podrán ser impugnadas, por causa de error de derecho ni por motivo de lesión, pero deberá rectificarse el error de cálculo». El Código español, en su art. 1.817, establece, en general, que «la transacción en que intervenga error, dolo, violencia ó falsedad de documentos está sujeta á lo dispuesto en el art. 1.265 del mismo Código»; esto es, que será nula.

El verdadero significado de la asimilación consiste en que, así como la sentencia irrevocable pone definitivamente término al litigio, así también, cuando las partes sustituyen su juicio al del Magistrado y, en la duda de que el fallo del Juez pueda ser favorable ó contrario á una ó á otra, prefieren un término medio conviniendo *ex aequo et bono* una solución que no dé ni quite por completo la razón á ninguna de aquéllas, tal solución debe reputarse definitiva y puede asimilarse á una especie de fallo pronunciado por las mismas partes interesadas, por considerarlo conveniente para ambas.

Por estas y otras consideraciones no menos atendibles, y por lo que se deduce de los trabajos preparatorios del Código francés, de donde se ha sacado la regla, y en que se dijo, con razón, que cuando las partes se hacían justicia, y regulando y pesando sus intereses venían á una transacción, no podían ser admitidas á querellarse de nuevo resucitando la cuestión que había constituido el objeto de aquélla, y que, por tanto, debía tener la transacción el mismo valor que una sentencia definitiva. Todo esto explica y justifica la asimilación; pero se comprende también que, así como el acto no puede perder su naturaleza propia, la transacción hecha en el extranjero, no pudiendo tener otro carácter que el de un contrato, debe estar sometida á las disposiciones relativas á los contratos celebrados en país extranjero, y no á las concernientes á las sentencias pronunciadas en el mismo. Conviene, pues, considerar la asimilación en el sentido de ser aplicables á la acción judicial incoada y transigida las reglas que rigen la cosa juzgada y la *exceptio rei judicate*. *Rex transacta pro veritate habetur*. De aquí que, cuando la transacción haya de producir sus efectos en país extranjero deberán observarse, cuando se trate de proceder á la ejecución forzosa de la misma, las reglas sancionadas por la ley territorial para dar fuerza ejecutiva á los contratos hechos en dicho país.

1.164. Finalmente, por lo que respecta á las causas de nulidad y á la rescisión de la transacción, conviene referirse á la ley bajo cuyo imperio deba estar el objeto ó la materia á que se refiere, y no á la del lugar en que la transacción se haya hecho. Afirmamos esto por virtud de las razones anteriormente expuestas

y, además, porque la transacción no transmite ni atribuye derechos, sino que declara ó reconoce aquellos á que se refiere, por lo cual no puede estar sometida respecto de su valor intrínseco á la ley del lugar en que haya tenido origen, sino á aquella que deba regir los derechos que fueron objeto de la transacción. Deberá, pues, decidirse con arreglo á dicha ley cómo y en qué casos puede el error ser causa de nulidad, cuándo la transacción puede ser impugnada, cuándo puede ser ineficaz y cuáles deberán ser las consecuencias que en tales casos pueden derivarse de la misma.

CAPITULO VII

Del préstamo.

1.165. Del préstamo y de sus diversas especies.—**1.166.** De la ley que debe regir el objeto del comodato.—**1.167.** De la influencia de la *lex loci contractus*.—**1.168.** Cuestiones que pueden surgir á propósito del mutuo.
1.169. Valor jurídico del pacto relativo á los intereses.—**1.170.** Opiniones de los escritores acerca de la autoridad de las leyes que limitan la usura lícita.—**1.171.** Nuestra opinión.—**1.172.** Está confirmada con la autoridad de los jurisconsultos antiguos.—**1.173.** El Magistrado puede, sin derogar la ley del propio país que limite la usura, declarar válido el pacto acerca de los intereses estipulados en el extranjero.—**1.174.** Examen crítico de la opinión contraria de Laurent.—**1.175.** Confirrase con la autoridad de la jurisprudencia que el pacto relativo al interés válidamente estipulado en el extranjero, puede sancionarse judicialmente aunque sea contrario á las leyes territoriales que prohíben la usura.—**1.176.** Deben aplicarse los mismos principios aunque en garantía del préstamo se dé una hipoteca y esté limitada la usura lícita según la *lex rei sitae*.—**1.177.** Cómo debe determinarse la razón legal del interés.—**1.178.** De la ley según la cual debe decidirse si se deben ó no intereses de demora.—**1.179.** Cuestión acerca de los intereses debidos por demora.—**1.180.** Principios establecidos por la jurisprudencia.—**1.181.** Teoría sostenida por nosotros.—**1.182.** Cómo debe determinarse el lugar en que haya de efectuarse la demora.—**1.183.** Influencia de la *lex fori* en esta materia.

1.165. El contrato de préstamo puede tener por objeto la entrega de una cosa dada por una de las partes á la otra para que se sirva de ella por un tiempo ó para un uso determinado, con la obligación de restituir la cosa misma; ó también la entrega de una cantidad fija de cosas con la obligación de devolver, transcurrido el término pactado, otro tanto de la misma especie y calidad. Al primero se le denomina más propiamente

y, además, porque la transacción no transmite ni atribuye derechos, sino que declara ó reconoce aquellos á que se refiere, por lo cual no puede estar sometida respecto de su valor intrínseco á la ley del lugar en que haya tenido origen, sino á aquella que deba regir los derechos que fueron objeto de la transacción. Deberá, pues, decidirse con arreglo á dicha ley cómo y en qué casos puede el error ser causa de nulidad, cuándo la transacción puede ser impugnada, cuándo puede ser ineficaz y cuáles deberán ser las consecuencias que en tales casos pueden derivarse de la misma.

CAPITULO VII

Del préstamo.

1.165. Del préstamo y de sus diversas especies.—**1.166.** De la ley que debe regir el objeto del comodato.—**1.167.** De la influencia de la *lex loci contractus*.—**1.168.** Cuestiones que pueden surgir á propósito del mutuo.
1.169. Valor jurídico del pacto relativo á los intereses.—**1.170.** Opiniones de los escritores acerca de la autoridad de las leyes que limitan la usura lícita.—**1.171.** Nuestra opinión.—**1.172.** Está confirmada con la autoridad de los jurisconsultos antiguos.—**1.173.** El Magistrado puede, sin derogar la ley del propio país que limite la usura, declarar válido el pacto acerca de los intereses estipulados en el extranjero.—**1.174.** Examen crítico de la opinión contraria de Laurent.—**1.175.** Confirrase con la autoridad de la jurisprudencia que el pacto relativo al interés válidamente estipulado en el extranjero, puede sancionarse judicialmente aunque sea contrario á las leyes territoriales que prohíben la usura.—**1.176.** Deben aplicarse los mismos principios aunque en garantía del préstamo se dé una hipoteca y esté limitada la usura lícita según la *lex rei sitae*.—**1.177.** Cómo debe determinarse la razón legal del interés.—**1.178.** De la ley según la cual debe decidirse si se deben ó no intereses de demora.—**1.179.** Cuestión acerca de los intereses debidos por demora.—**1.180.** Principios establecidos por la jurisprudencia.—**1.181.** Teoría sostenida por nosotros.—**1.182.** Cómo debe determinarse el lugar en que haya de efectuarse la demora.—**1.183.** Influencia de la *lex fori* en esta materia.

1.165. El contrato de préstamo puede tener por objeto la entrega de una cosa dada por una de las partes á la otra para que se sirva de ella por un tiempo ó para un uso determinado, con la obligación de restituir la cosa misma; ó también la entrega de una cantidad fija de cosas con la obligación de devolver, transcurrido el término pactado, otro tanto de la misma especie y calidad. Al primero se le denomina más propiamente

préstamo de uso ó *comodato*. El segundo constituye el préstamo de consumo ó el *mutuo*.

En lo concerniente á la ley que debe regir los derechos y obligaciones que pueden derivarse de una ú otra forma de este contrato y á los elementos esenciales para la formación del mismo, conviene referirse á los principios generales por nosotros expuestos para determinar la ley de las relaciones contractuales que pueden hallarse sometidas al imperio de diversas leyes (1), y no debemos reproducirlos para aplicarlos á este contrato, limitándonos aquí á examinar algunas cuestiones especiales que pueden surgir á propósito de cualquiera de las mencionadas formas del préstamo.

1.166. Respecto al comodato, cuando el contrato se haya celebrado en un país con la facultad de servirse de la cosa en otro distinto, y con la obligación de devolverla en este último, conviene advertir que, como el uso especial y excepcional para que las cosas pueden servir ha de determinarse por la voluntad de las partes y hay que admitir respecto de este punto la completa autonomía de las mismas, cualquiera que sea el país en que se haya concluído el contrato, convendrá referirse á la intención de las partes contratantes para decidir si éstas quisieron efectuar un comodato ú otro contrato cualquiera. En efecto, cuando un contrato especial se refiera á las cosas, como depende, sin embargo, de la voluntad de las partes contratantes el establecer que la entrega de la cosa deba entenderse hecha para el solo objeto de que la otra se sirva de ella por un tiempo y para un uso determinado ó de otro modo, el objeto de este contrato no puede depender de la condición jurídica de la cosa con arreglo á la *lex rei sitae*, sino de la intención de las partes mismas. Siempre que en virtud de dicha intención pueda establecerse que ha constituído el objeto de la convención el *uso especial ó excepcional* de la cosa que una de las partes haya entregado á la otra, deberá verse en este acuerdo un contrato de comodato, sin preocuparse de lo que la ley disponga respecto de la condición jurídica de la cosa dada en préstamo. Por

(1) Véase la *Parte general*, tomo I.

consiguiente, suponiendo también que según la *lex rei sitae* la cosa dada en comodato sea consumible, si por virtud de la intención de las partes contratantes se entendiese convenido que aquel á quien se entregaba no podía ejercitar otro derecho que el de usarla, y que, por tanto, la cosa, por virtud del acuerdo, debía considerarse inconsumible, debería verse en tal contrato la forma de comodato, en fuerza de la autonomía de las partes mismas y de su intención (1).

1.167. Síguese de aquí que la *lex loci contractus* no puede ejercer influencia alguna cuando surja cualquier duda acerca de la naturaleza del contrato, puesto que como ésta depende enteramente de la intención de las partes contratantes y debe determinarse de conformidad con la intención misma, en cualquier país que las partes contraten convendrá referirse á los principios doctrinales, según los cuales debe determinarse la intención, para decidir si las partes han querido ó no pactar un préstamo de uso.

La *lex loci contractus* puede ejercer cierta influencia en esta materia en lo que se refiere á la forma del contrato y á los medios de prueba, los cuales deben regirse por la conocida regla *locus regit actum*.

Dicha ley podrá además tener autoridad en la hipótesis de que no esté bien determinada la extensión de la obligación del comodatario respecto de la conservación de la cosa que se le haya prestado ni de su responsabilidad respecto del resarcimiento de daños, para cuyas materias y las demás concernientes á la extensión de las obligaciones asumidas por el comodante y por el comodatario, deberá resolverse toda cuestión por los principios generales que se refieren á la máxima *quod in regione, in qua actum est, frequentatur*.

La ley del lugar en que la cosa deba ser restituida podrá también aplicarse cuando se trate de determinar el modo de hacer y probar la entrega y las consecuencias que pueden derivar-

(1) Aun las cosas consumibles pueden ser objeto del comodato cuando se den para que sirvan sólo á fin de exponerlas *ad pompam vel ostentationem*.

se de la demora en caso de dejar transcurrir el término convenido para la duración del comodato.

1.168. En lo concerniente al *mutuo*, las dificultades más importantes que pueden surgir son las que se refieren al interés. Puede, en efecto, nacer la duda de si un contrato de *mutuo* concluido en un país en donde, con arreglo á la ley, no esté limitada la tasa del interés lícito, puede ser eficaz y dar lugar á la acción judicial para obligar al mutuario á pagar el interés pactado en otro país en donde según la ley vigente se declare nulo todo contrato de préstamo á un interés que exceda de la medida lícita según dicha ley. Puede también surgir otra dificultad á propósito de la razón legal del interés debido, en la hipótesis de que el contrato se haya celebrado bajo el imperio de una ley que fije en una medida determinada la razón legal del interés, y que deba ejecutarse en otro país en donde el interés legal sea mayor ó menor.

Otro motivo de controversia podrá ser el que se refiere á decidir si los intereses pueden ó no ser debidos por virtud de la ley, en cuyo caso podría surgir la duda al determinar la ley según la cual haya de decidirse si son ó no debidos los mencionados intereses.

También puede dar motivo á cuestiones la determinación de los intereses de demora cuando se trate de establecer su cuantía con arreglo á la ley, sin hacer mención aquí de otras dificultades que pueden surgir en esta materia.

1.169. Establecido el principio, sancionado en todas las legislaciones, que los contratos legalmente hechos tienen fuerza de ley para los contratantes, debe admitirse la autonomía de las partes al establecer, en los límites de su capacidad, los pactos de sus relaciones contractuales, con tal que con ellos no deroguen ó infrinjan las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres. Siguese de aquí, como regla general, que la estipulación de intereses en el *mutuo* de dinero, de mercancías ó de otras cosas muebles, cuando esté claramente pactada, deberá reputarse válida por virtud de la autonomía de las partes contratantes para fijar las condiciones del contrato, y que la única excepción á este principio puede admitirse sólo en el caso de que

la ley limite expresamente la libertad de las partes para fijar á voluntad la medida del interés convencional, declarando opuesto á los principios de orden público el interés convenido si excede el límite máximo de la usura lícita.

No es este el lugar oportuno para discutir si la ley que limita la libertad del interés puede ó no compaginarse con los principios de la economía política y del derecho social moderno. El hecho es que existen leyes que, informadas en ciertas teorías que se derivan del dogmatismo religioso, establecen que el dar dinero á préstamo para obtener un interés que exceda de una medida determinada, es ilícito, y fijan el límite de la usura lícita, declarando nulo cualquier préstamo convencional á un interés que exceda de la medida lícita fijada por el legislador, y aun las hay que califican de delito el hábito de obtener tan injusta ganancia.

Dado este estado de cosas, surge naturalmente la duda de si el préstamo á interés estipulado en un país donde el legislador no sancione limitación alguna, podrá considerarse válido ante la ley de otro país que declare ilícita y contraria al orden público la medida del interés pactado fuera de un determinado límite. ¿Podrán los Tribunales de dicho país considerar eficaz el contrato en oposición con la ley territorial que prohíba la usura, cuando se haya celebrado bajo el imperio de una ley extranjera que reconozca la completa libertad de las partes para pactar la medida del interés?

1.170. Ha habido escritores que han opinado que los Magistrados de un país en donde se halle en vigor la ley que declara delito la usura, no pueden atribuir eficacia alguna á un contrato, aunque se haya concluido en el extranjero, en el cual las partes hayan pactado lo que, según la ley, debe calificarse de delito.

Entre los escritores que así piensan está el ilustre Savigny. Sostiene éste que el préstamo usurario, aunque convenido por extranjeros, no puede producir efecto alguno en un país, cuando el interés pactado exceda de la medida lícita según la ley local. En efecto, considerando que la ley que limita la usura tiene un carácter de ley de orden público, deduce este escritor que

aunque el pacto pueda ser válido con arreglo á la ley del país en que se haya celebrado, el Magistrado no podrá prestarle el apoyo de su autoridad atribuyendo valor jurídico á una convención ofensiva para el derecho territorial y que deba considerarse ilícita con arreglo á éste.

El citado escritor va aún más allá, sosteniendo que la ley relativa al interés lícito debe reputarse como de autoridad territorial y estatuto de orden público, tanto cuando limite la libertad del interés, como cuando admita la completa libertad para fijarlo; y deduce de aquí que debe reputarse obligatoria para el Juez llamado á decidir cualquier contienda, y por consiguiente, cuando el contrato se haya celebrado en un país cuya ley declare ilícita la medida del interés y sin valor el pacto del mismo, debe el Magistrado sancionar la ejecución del contrato, si puede reputarse lícito con arreglo á la *lex fori*. Prevé la objeción que puede hacerse á su teoría de que se llegaría á admitir que el pacto originariamente nulo pudiera tener sanción judicial; pero aduce como razón que el pacto no podría reputarse nulo por la consideración de que no se puede presumir que las partes se hayan sometido á la ley que declaraba ilícita aquella medida de interés, y agrega que, excluyendo la autoridad de la ley del lugar en que se celebró el contrato y admitiendo que para el valor del pacto hay que atenerse á la vigente en donde su ejecución se pida, debe concluirse que no se trataría de atribuir valor á lo que fué en su origen nulo y sin existencia jurídica. En suma, la opinión de Savigny se resume en considerar obligatoria para el Juez la *lex fori* y admitir que éste debe declarar con arreglo á ella lícito ó ilícito el préstamo á interés en una medida determinada (1).

Demangeat combate la opinión de Foelix, que dice que todo debe depender de la *lex loci contractus*, y sostiene en contrario que el Magistrado ante el cual se reclamen los intereses, cuando la medida de éstos exceda de la que declara lícita la ley del propio país, debe desestimar la demanda aunque el contrato se haya celebrado bajo el imperio de una ley que admita la completa li-

(1) Savigny, *Tratado ó Sistema del Derecho romano*, t. VIII.

bertad en cuanto á la medida de los intereses. «En efecto, dicen los Jueces deben negar siempre su protección á las convenciones que la ley á que ellos están sometidos reprueba como inmorales y contrarias al interés público» (1).

1.151. Admitimos la opinión precedentemente sostenida (2), esto es, la de que no deben derogarse en esta materia los principios generales según los cuales debe admitirse que la validez intrínseca de la obligación contractual debe depender de la ley á que la obligación haya de considerarse sometida según su naturaleza propia, y que no puede reputarse ofensa para el orden público de un país el que reconozca el Juez el valor jurídico de una convención lícita con arreglo á la ley bajo cuyo imperio se haya concluido.

Es indudable que la ley que prohíbe la usura fuera de cierto límite debe considerarse como de orden público en el interior del Estado, y por consiguiente ha de reputarse como de ningún valor ni efecto el pacto contractual que establezca la razón del interés fuera de lo permitido por la ley, relativamente á un préstamo que deba estar sometido á las disposiciones de la misma. Decimos esto porque entendemos que no pueden los particulares derogar con sus acuerdos las máximas sancionadas por el legislador como de orden público, y porque la obligación asumida por el deudor de pagar el interés que exceda del convencional lícito en la hipótesis propuesta, debe mirarse como una obligación sin causa ó con causa ilícita, y en virtud de los principios generales que determinan que no pueden tener valor jurídico esta clase de obligaciones sin causa, debe deducirse de ello que no puede producir efecto alguno ni obtener la sanción judicial el pacto de interés, sino dentro de los límites y medida permitidos por la ley por que debe regirse el préstamo.

Considerando, pues, que el ser el pacto relativo al interés, lícito ó ilícito, depende de la ley que deba regir el préstamo,

(1) Demangeat, nota al § 109 de Foelix, pág. 252, tomo I. Conf. en sentido conforme: Duvergier, *De préstamo*, núm. 313; Bertault, *Quest. pratiques*, pág. 37; Garnier, *De la usura*, núm. 73.

(2) Véase la 1.^a edición de la presente obra, § 262.

conviene, ante todo, investigar cuál debe ser esta ley á que haya de estar sometido el contrato, y según la cual deberá establecerse cuál ha de ser el interés lícito y cuál el ilícito ó inmoral en el caso en cuestión.

A este propósito creemos oportuno observar que el interés, ó sea todo lo que el deudor debe pagar además del capital, representa verdaderamente el beneficio que aquél saca del capital recibido para consumirlo, y de la privación del goce sufrida por el que haya efectuado el préstamo, durante el tiempo establecido para la devolución.

Conviene, además, advertir que, en semejantes casos, el valor del dinero y la correspondiente ventaja del uso y de la privación del mismo dependen de circunstancias múltiples y variables según los tiempos y países. Las condiciones del crédito; la escasez ó la abundancia de capitales; la oferta y la demanda de dinero, y otros actos contingentes ó accidentales, pueden justificar en un país una reglamentación relativa á la medida del interés, que podría ser funesta en otro punto, lo cual puede influir en declarar moral ó inmoral la libertad limitada ó la libertad completa respecto del interés convencional de los préstamos. Las citadas circunstancias deben, pues, influir en fijar cuál puede ser moral, penable ó inmoral, cuando el legislador pretenda sancionar la regla relativa al límite, por lo que no debe sostenerse que en esta materia pueda existir nada que tenga carácter absoluto, ó esté al alcance de reglamentación alguna respecto de todos los países del mundo.

Teniendo presentes estos principios es fácil explicar cómo nosotros, que hemos sostenido repetidamente que la obligación contractual, en lo concerniente á su naturaleza y efectos, debe regirse, por regla general, por la ley del lugar en que se celebró y perfeccionó el contrato, sostenemos que respecto de la medida del interés convencional lícito, todo debe depender de la ley del lugar en donde el dinero se haya prestado, y no de la de aquél en que se haya celebrado el contrato ó en que deba efectuarse la restitución de la suma entregada. Decimos esto porque el contrato de préstamo viene á perfeccionarse en el momento y lugar en donde el dinero se ha desembolsado efectivamente; y en ma-

teria de contrato todo debe depender de la sumisión de las partes á la ley bajo la cual aquél deba considerarse concluido. A este propósito dice muy oportunamente Huberus: *non ita precisae, respiciendus est locus in quo contractus est initus, ut si partes alium incontrahendo locum respexerint, ille non potius sit considerandus* (1).

Parece evidente que cuando se trate de determinar la ley presuntamente aceptada á fin de decidir acerca de la validez del pacto contractual relativo á la medida del interés, el contrato, según su propia naturaleza, debe considerarse sometido á la ley del país en donde el dinero se haya prestado realmente, puesto que allí es donde el contrato se perfecciona. Partiendo de que la convención del préstamo debe estar bajo el imperio de la ley vigente en el lugar en donde aquélla se ha perfeccionado, síguese de esto que debe decidirse con arreglo á esa ley si el pacto relativo al interés es lícito ó ilícito, y no se podrá admitir que dependa de la voluntad de las partes, estipulando el convenio en otro país, sustraer el préstamo, desde el punto de vista de la moralidad ó inmoralidad del mismo, á la autoridad de la ley vigente en el lugar en el que el dinero se haya dado efectivamente por el uno al otro para gozarlo, porque esta es la ley que debe regir el contrato, y es indiscutiblemente una ley de orden público.

1.122. Consideramos esta teoría como la más racional y mejor fundada en la naturaleza de las cosas y en la doctrina de los jurisconsultos. Debe, en efecto, admitirse, como regla general, que la ley de las relaciones contractuales habrá de ser aquélla á que las partes, teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del asunto jurídico, hayan querido referirse. *Statutum enim actus seu contractus semper attenditur cui disponentes, vel contrahentes se obligaré vel conformare voluisse censetur*, como dice Mevio (2). Apóyanla, además, los jurisconsultos romanos. Comentando Godofredo la ley del Digesto sobre la usura, que

(1) *De conflictu legum*, L. I, § 10.

(2) Mevio, *Ad jus Subéscense, quaest. prél.*, IV, núms. 11, 13 y 14, página 22.

dice: «*Cum iudicio bonae fidei disceptatur arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est constituitur* (1), se expresa así: *haec verba—«ubi contractum est»—sic intelligi: ubi actum est ut solveret».*

También es muy decisiva la autoridad de Voet, el cual se expresa en estos términos respecto de la cuestión que examinamos: *Si alio in loco graviorum usurarum stipulatio permissa, in alio vetita sit, lex loci in quo contractus celebratus est, spectanda videtur in quaestione an moderatae; an vero modum excedentes usurae per conventionem constitutae sint. Dummodo meminerimus illum proprie locum contractus in jure non intelligi in quo negotium gestum est, sed in quo pecuniam ut solveret, se quis obligavit* (2).

La misma opinión puede sostenerse fundándose en el concepto de que el interés debido es el efecto de un hecho jurídico, esto es, del dinero dado á préstamo, cuyo fruto civil representa y que, como tal, no puede estar bajo el imperio de la ley del país donde el documento se haya extendido, sino de la de aquél en que el acto se haya perfeccionado. *Quia quis censetur potius contrahere in loco in quo debet solvere, quam in loco ubi fortuito transiens contraxit*, como dice Molineo (3). Por consiguiente, entrando en este orden de ideas, debe admitirse que, si queriendo dos personas contratar respecto del interés debido por un capital que haya de anticiparse en Francia y pagarse también allí, celebrasen la convención correspondiente en Italia y creyesen poder referirse á nuestra ley para pactar á su gusto el interés convencional sin límites, no podrían hacerlo, porque el préstamo, como asunto jurídico, se efectuaría bajo el imperio de la ley francesa, y no tenían facultad para sustraerlo á la autoridad de la ley vigente en el lugar del contrato. También, por otra parte, debería admitirse que un pacto celebrado en Francia relativamente á un crédito que haya de abrirse en país extranjero ó á un préstamo que deba verificarse en otra nación, no podría ser limitado por

(1) L. I, Digesto, XXII, 1.

(2) Voet, *Ad Pand.*, lib. XXII, t. I., § 6.º

(3) *Comment. in Cód.*, lib. I, tít. I, tomo III, pág. 554, edic. 1681.

las disposiciones de la ley francesa relativas á la tasa del interés, porque perfeccionándose en país extranjero el acto jurídico, no debían estar sometidos sus efectos al imperio de la ley francesa (1).

1.133. Pasemos ahora á examinar si en el supuesto de que el préstamo á interés convencional sea válido según la ley que deba regir la validez del contrato relativamente á la tasa del interés, podría considerarse contrario al orden público el declararlo eficaz en otro país en que se califique de ilícito dicho contrato referente á la tasa del interés fijado por la ley, y que lo afecte de nulidad en fuerza de las leyes allí promulgadas contra la usura.

A juicio nuestro, cuando según los principios que hemos establecido pueda sostenerse la validez del pacto contractual relativo á la tasa del interés, el Magistrado deberá declararla eficaz á pesar de que el convenido exceda de la tasa lícita según la *lex fori*. En efecto, no vemos que haya ofensa alguna al orden público territorial en el hecho de declarar un Magistrado que deba ejecutarse un contrato válido y legalmente estipulado con arreglo á la ley que debe regirlo.

El Magistrado de un país, llamado únicamente á reconocer y declarar los derechos adquiridos por las partes en virtud de un contrato estipulado entre ellas, no puede decidir de un modo absoluto que el celebrado en país extranjero y concluido válida y legalmente bajo el imperio de la ley allí vigente, deba reputarse inmoral por la única razón de que la ley del país propio lo declare tal. Esto conduciría á admitir que el legislador de un Estado puede tener la pretensión, no sólo de proclamar los principios que según su criterio deben reputarse ajustados al orden moral en el interior de su propio Estado, sino también que puede atribuirse el derecho de declarar inmoral todo acto jurídico realizado en cualquier otro país, siempre que no se halle en armonía con los principios de orden moral tales como él los entiende.

¿Pretendería acaso tener el monopolio de la moral y la facultad de declarar en nombre de ésta y del orden público, inmoral todo lo realizado en cualquier territorio, aunque él no tenga

(1) Cass. franc., 19 Febrero 1890 (*France judic.*, XIV, 1890, pág. 293).

derecho ni poder para imponer allí sus propias leyes? En el supuesto de que el acreedor haya adquirido legalmente, en virtud de contrato hecho en el extranjero, el derecho de exigir de su deudor el cumplimiento de sus obligaciones contractuales válidamente consentidas, ¿podrá acaso reputarse contrario al orden moral el hecho de declarar y sancionar los derechos contractuales también válida y legalmente adquiridos bajo el imperio de la ley extranjera?

Nosotros entendemos que, en este caso, existe el mismo estado de cosas que hemos examinado y discutido á propósito del divorcio (1), respecto del cual hemos sostenido y demostrado que, por ser reputado éste contrario al orden moral de la familia según la ley de un país, no puede deducirse que deba considerarse tal en todo el mundo la disolución del matrimonio por aquel medio, aun cuando el divorcio se haya pronunciado por el Magistrado competente y en virtud de la ley que debe regular las relaciones de la familia.

1.134. Aumenta aquí la necesidad de contestar sobre esta materia una divergencia de opinión con el insigne jurisconsulto Laurent, el cual, admitiendo el mismo principio, lo aplica al divorcio, pero no ve la razón de aplicarlo para resolver la cuestión del préstamo á interés, y sostiene que, así como la ley no sólo prohíbe prestar con usura, sino que castiga á aquél que dando dinero á préstamo quiere sacar un interés superior al permitido por el derecho, calificando este acto de delictuoso, así también considera esta razón decisiva para concluir que debe considerarse contrario al orden público territorial el reconocimiento del préstamo usurario convenido bajo el imperio de una ley que no lo prohíba (2).

Sin tratar de impugnar que las leyes penales sean leyes de orden público, debemos observar, sin embargo, que la autoridad absoluta de las mismas en el territorio en que rigen, debe admitirse en el sentido de que no puede ejecutarse allí impunemente en nombre de una ley extranjera el hecho que el legisla-

(1) Véase el cap. VI, tomo II de esta obra.

(2) Laurent, *Droit civ. intern.*, tomo VIII, § 203, pág. 291.

dor ha declarado delictuoso; pero ¿podrá acaso, en virtud del principio sancionado, calificarse de delictuoso el hecho realizado fuera del imperio de dicha ley y bajo el dominio de una ley extranjera que no sancione prohibición semejante? Para poder admitir esto habría que sostener la autoridad extraterritorial de toda ley penal, lo cual no está conforme con los principios de la ciencia, como nosotros en otro lugar hemos justificado y demostrado (1).

Basta considerar que, según los principios de derecho transitorio, en el interior del mismo Estado no puede calificarse como delictuoso ni castigarse con arreglo á la ley un hecho que se califique de delito por la nueva, pero que no estaba declarado tal por la ley vigente en el tiempo en que fué realizado (2). Y siendo esto así, ¿cómo podría calificarse como delictuoso un hecho legalmente ejecutado en país extranjero y que, según la ley del lugar en que se efectuó, era un hecho lícito?

Por lo dicho se comprende por qué no podemos aceptar la diferente aplicación que Laurent ha dado á este principio, pues no puede considerarse fundada en justas y convincentes razones jurídicas.

1.135. Establecido, pues, que declarando también inmoral el legislador de un país el interés convencional del capital prestado en el propio Estado, no puede declarar igualmente inmoral el interés pactado por otra razón cualquiera respecto al capital prestado en país extranjero, ¿cómo puede sostenerse que el orden público exterior pueda ser perturbado cuando el Magistrado declare eficaz el acto jurídico realizado bajo el imperio de una ley extranjera que no califique de inmoral dicho pacto? En esta materia no debe sostenerse que pueda haber nada absolutamente moral ó inmoral, porque, como oportunamente ha

(1) Véase mi obra *Efectos internacionales de las sentencias penales y de la extradición*, y mi *Derecho penal internacional*.

(2) El legislador italiano ha sancionado este principio en el artículo 2.º del vigente Código penal de 1.º de Enero de 1890, habiendo también dispuesto en el art. 211: «nadie podrá ser castigado por un hecho que no constituya delito con arreglo á la ley del tiempo en que se haya ejecutado».

consignado el Tribunal de Bastia, «la ley no puede tener otro carácter que el de un reglamento especial cuyas disposiciones varían según el lugar y las circunstancias, sin elevarse nunca á la altura de aquellos principios de moral universal y absoluta ante los que todas las naciones civilizadas se inclinan con respeto» (1).

Aun de más peso en favor de la opinión seguida por nosotros es el argumento de haber dispuesto el mismo legislador francés, en la ley de 18 de Diciembre de 1835, cuando establece que «en las posesiones francesas del Norte de Africa será ley entre las partes lo pactado sobre el préstamo á interés. Cuando no exista dicho pacto ó en él no se haya establecido nada en contrario, el interés legal será de 10 por 100 tanto en materia civil como en materia comercial». De este modo ha venido el mismo legislador francés á reconocer formalmente que nada hay absoluto respecto de la moralidad ó inmoralidad del interés, y así como los Tribunales franceses no pueden negarse á declarar válido el contrato hecho en las posesiones francesas del Norte de Africa, y al mandar que se ejecutase lo pactado no podría afirmarse que por ello se ofendiera al orden público interior, así tampoco podría serlo si declarasen válidas y eficaces las convenciones hechas bajo el imperio de una ley extranjera, en el supuesto de que el pacto relativo á la tasa del interés deba estar sometido á la autoridad de aquélla.

Prescindimos de otros argumentos que podrían sacarse de los principios de derecho transitorio aceptados en la misma legislación francesa. Bastará aquí recordar que la ley de 1807 que prohibió el interés que excediera de una tasa determinada, sancionó que los contratos relativos á interés anteriormente concluidos y válidamente estipulados con arreglo á la ley precedente deberían ser ejecutados. Con lo cual viene á reconocerse que el pacto contractual debe estar siempre bajo el imperio de la ley vigente en el tiempo en que fué concluido, y que, por consiguiente, no puede considerarse contrario al principio de orden público el reconocer valor jurídico al pacto válido según la ley anterior,

(1) Bastia, 19 Marzo 1866 (*Journ. du Pal.*, 1866, pág. 940).

á pesar de que la nueva haya sancionado reglas distintas sobre este punto.

La jurisprudencia confirma plenamente la teoría que hemos sostenido. El Tribunal de casación francés establece, en efecto, los mismos principios en su sentencia de 21 de Diciembre de 1874 en el pleito Colomb contra Rouniard. La ley de 3 de Septiembre de 1807, dice dicho Tribunal, acerca del interés, no rige los contratos de préstamo de dinero sino cuando dicho préstamo se ha hecho realmente en Francia. Poco importa que la convención en que se establecieron las condiciones del préstamo se haya suscrito en este país. Si el préstamo sólo era realizable y se ha realizado en el extranjero, debe regirse en cuanto á la tasa del interés por la ley extranjera (1).

1.126. La teoría por nosotros expuesta, debería aplicarse también en el caso en que aquel á quien el dinero se haya prestado con pacto ó interés haya dado en garantía de su deuda la hipoteca de un inmueble situado en un país donde la ley prohíba un interés tan crecido. El tercero poseedor del fundo hipotecado no podría en tal caso invocar la aplicación de la ley territorial para limitar la acción hipotecaria sosteniendo que los intereses pagados sobre la tasa lícita según la *lex rei sitae*, debieran imputarse al capital. Esta es la consecuencia justa del principio por virtud del cual debe admitirse que, siendo la hipoteca lo accesorio de la obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, debe seguir la suerte de aquélla, y por consiguiente, para todo lo que á la misma se refiere y en lo concerniente al cumplimiento de la obligación en dicha forma, debe estar sujeta á la ley á que lo esté la obligación principal.

Esta teoría está apoyada también por los jurisconsultos y por la jurisprudencia. Después de haber enunciado Voet la opi-

(1) Cass., 21 Diciembre 1874. V. también Chambery, 12 Febrero 1869 (*Journ. du Pal.*, 1870, pág. 91); Cass. franc., 10 Junio 1867 (*Sirey*, 59, 1, 751); Bordeaux, 22 Agosto 1865 (*Journ. du Pal.*, 1866, 830 y la nota); Conf. Aubry y Rau, t. IV, pág. 606; Paul Pont, *Du Pret.*, número 270; Troplong, *Du Pret.*, núm. 359; Massé, *Droit. commerciale*, t. I, página 616, núm. 614; Brocher, *Droit inter. privé*, t. III, § 217; Vincent, *Dictionnaire de Droit int. privé*, t. I, voz *Taux de l'interet*.

nión antes referida, esto es, la de que todo debe depender de la ley del contrato, añade estas palabras: *Etiamsi de coetero hypotheca, in sortis et usurarum securitatem obligata, in alio loco sita sit, ubi solae leviores usurae permissae; cum aequius scit contractum accessorium regi ex loco principalis negotii gesti, quam ex opposito contractum principalem regi lege loci, in quo accessorius contractus celebratus est* (1).

En otro caso igual que cita Burgundio, dice que se reconoció válido el pacto, *nec obesse quod in Flandria ubi redditus duodenarius in Gallia stipulatus sive hypothecae impositus proponeretur, usurae semisse graviores stipulari non liceat. Quia ratio hypothecae non habetur, quae hac in re nihil conferens ad substantiam obligationis, tantum extrinsecus accedit legitimae stipulationi* (2).

El Tribunal de casación francés estableció también este principio en su sentencia del 14 Messidor año XIII, al decidir que la ley del lugar donde se hallaba el predio hipotecado no podía ejercer influencia para determinar la fuerza jurídica del pacto relativo á los intereses (3).

1.177. Los principios hasta ahora expuestos por nosotros deben servir de guía para resolver con acierto la cuestión que pueda surgir cuando se trate de determinar la razón del interés legal, en el caso de que no se haya fijado por las partes. Aceptando la idea de que todo lo que se refiere al interés debe regirse por la ley del lugar en donde se haya prestado el dinero, se deduce que con arreglo á la misma debe fijarse también el interés legal, cuando se deba con arreglo al contrato y no se haya fijado su tasa. No debe, pues, tomarse por norma en esta materia la ley del país en que se haya extendido el documento relativo al préstamo, sino la vigente en el lugar en que se haya perfeccionado real y efectivamente el acto, esto es, en donde se haya dado el dinero.

En efecto, cuando las circunstancias no permiten que se ad-

(1) *Ad Pand.*, lib. XXII, tit. I, § 6.

(2) *Tractat.*, 4, núm. 10, pág. 109.

(3) Cass., 14 Messidor año XIII (*Journ. du Pal.*, t. IV, pág. 636).

mita una regla distinta, debe entenderse que las partes se han referido, en lo que respecta al interés, á la tasa fijada por la ley y la costumbre del país en donde el préstamo se ha efectuado realmente: *ubi actum est ut solveret*. El fundamento de esta opinión lo hallamos en este argumento de Molineo: *qui a quis censetur potius contrahere in loco quo debet solvere, quam in loco ubi fortuito contraxit* (1).

Suponiendo, pues, que el contrato de préstamo se haya hecho en Italia y que mediante éste se haya obligado uno á prestar á otro una determinada suma en la plaza de Argel, y que éste se haya obligado á restituirla en el plazo convenido con determinado interés, la razón legal de éste deberá determinarse con arreglo á la ley vigente en Argel, á no ser que por las circunstancias pueda probarse lo contrario. En otro caso, esto es, si el contrato se hubiese celebrado en Argel y se tratase de una suma dada á préstamo en Inglaterra con la obligación de pagar interés, la razón legal de éste debería ser determinada por la ley inglesa.

También la jurisprudencia está en un todo conforme con la opinión expuesta. El Tribunal de casación francés establece, en efecto, que la apertura de un crédito pactado en el extranjero á una casa de comercio allí establecida y consignado por ella en su activo para emplearlo en operaciones que debían efectuarse en los diversos países en que dicha casa negociaba, debía determinarse, en lo concerniente á la tasa del interés, por la ley del país en donde la sociedad tenía el centro principal de sus negocios, y en donde debía considerarse puesta á su disposición la suma de que podía hacer uso según sus intereses y sus conveniencias (2).

1.178. Y una vez puestos á discurrir sobre ese punto, creemos oportuno observar que cuando el interés se deba, no por mutuo sino por demora en el pago de una suma determinada, y se trate de decidir si por la dilación convenida se deben intereses legales, habrá que referirse á la ley á que deba estar su-

(1) Molineus, loc. cit.

(2) Cass. franc., 19 Febrero 1890; *Franc. judic.*, 1890, pág. 293.

jeta la obligación principal, no sólo para decidir si se deben intereses, sino para determinar la cuantía de los mismos. Esto debería decirse, por ejemplo, en el caso de demora en el pago de la dote constituída. Puesto que con arreglo á los principios anteriormente expuestos, si la constitución de la dote debe regirse por la ley italiana, el marido á quien deba pagarse podrá fundar en la disposición del artículo 1.397 (a) de nuestro Código civil, no sólo el derecho á exigir el interés hasta el día del pago efectivo, sino también el de exigirlo á razón del 5 por 100 fijado por nuestras leyes.

Debe admitirse además que, cuando dos personas residentes en diversas plazas realicen negocios la una por cuenta de la otra, y hayan pactado pagar interés por las sumas respectivamente anticipadas sin determinar la medida, deberá fijarse la tasa del mismo respecto de cada operación con arreglo á la ley del lugar en que se efectúe el anticipo, y, por consiguiente, si una de ellas reside en Italia y la otra en América, por los anticipos hechos en nuestro país deberá determinarse el interés con arreglo á la tasa legal fijada por la ley italiana, y por las sumas anticipadas en América, con arreglo á las leyes y costumbres vigentes en el Estado americano. La razón es siempre la misma, esto es, la de que debe presumirse que las partes se han referido siempre á la ley del lugar en donde deba anticiparse el dinero, aunque la convención relativa á esta relación jurídica se haya estipulado en otro país, ó el arreglo de la cuenta ó el balance se hayan hecho en lugar distinto de aquel en que las sumas se hayan anticipado.

1.179. Pasemos ahora á tratar de los intereses que pueden deberse á consecuencia de no haber efectuado el pago al vencer el término. En el supuesto de que nada se haya convenido en el contrato respecto de los intereses de demora, que haya que recurrir á la ley para determinar la cuantía de los mismos, y que la tasa legal sea distinta según la ley del lugar

(a) El Código civil español no contiene disposición alguna que concuerde con este artículo del Código italiano, teniendo únicamente alguna analogía el art. 1.342.

en donde se prestó la suma y la de aquel en que el deudor se haya constituido en mora, surge naturalmente la duda de si la tasa de estos intereses debe determinarse por una ó por otra ley.

Conviene tener presente que los intereses de demora corresponden al resarcimiento del daño causado por la inejecución de la obligación, y que representan la cuantía de la pérdida sufrida por el acreedor con arreglo á la ley. El art. 1.231 del Código civil italiano, concordante con el 1.153 del francés, dispone: «A falta de pacto especial en las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, los perjuicios por el retraso en la ejecución consistirán siempre en el pago de los intereses legales, salvo las reglas particulares al comercio, al mandato y á la sociedad. Estos perjuicios se deberán desde el día del vencimiento sin que el acreedor esté obligado á justificar la pérdida sufrida» (a).

Toda la dificultad respecto de los intereses de demora consiste, pues, en determinar la ley que ha de servir para fijar la tasa legal de los mismos; sobre lo cual son muy distintas las opiniones de los escritores y las reglas establecidas por la jurisprudencia.

Boullenois dice: «Si los derechos que nacen en beneficio de una de las partes con motivo de un contrato, tienen su origen en una causa nueva y puramente accidental, *ex post facto*, en este caso conviene examinar dónde se origina esta nueva causa y someterse á la ley allí vigente cuando las partes no hayan dispuesto otra cosa. Por esto, para decidir cuáles son los intereses que pueden correr contra el deudor por causas de demora, conviene seguir la ley del lugar en donde deba hacerse el pago, porque allí es donde nacen los intereses» (1).

Exponiendo Story la doctrina de los escritores antiguos y

(a) Este artículo concuerda en el fondo con el 1.108 del Código civil español, si bien éste establece en el párrafo segundo de dicho artículo la cuantía del interés legal en el 6 por 100, que será lo que deba abonar el deudor que incurra en mora, si no se hubiesen fijado otros en el contrato.

(1) Boullenois, *Observat.* 46, pág. 477 y sigs.

la de Boullenois, dice que cuando del contrato mismo no pueda sacarse la regla relativa al interés, convendrá determinar los debidos por causa de demora según las reglas que deban fijar el del préstamo, y, por consiguiente, á su modo de ver, debe el deudor pagar los intereses de demora con arreglo á la ley del contrato (1).

Los escritores más modernos, que no admiten distinción alguna respecto de las consecuencias jurídicas mediatas ó inmediatas, accidentales ú ocasionales de la obligación convencional desde el punto de vista de la ley que debe regularlas, y que sostienen, por el contrario, que las relaciones de cualquier naturaleza resultantes de un contrato, deben depender de la ley á que al contratar se refirieron las partes, por la razón de que éstas lo son todo en el campo de su autonomía, opinan que la tasa de los intereses de demora debe ser la misma que la del préstamo, á no ser que de las circunstancias resulte que la voluntad de las partes contratantes ha sido, sin duda, referirse á la ley del lugar del pago en lo concerniente á los intereses que se derivan del retraso en su ejecución (2).

Sin embargo, observa Brocher que el pacto relativo á los intereses convencionales debe ejercer la debida influencia al fijar los de demora; que parece más natural que los segundos puedan ser mayores que los primeros, pero no menores; y que la circunstancia de incurrir el deudor en culpa no puede atribuirle una posición más ventajosa, tanto más, cuanto que no es admisible que el acreedor no haya querido conservar por lo menos los efectos de la convención hasta el pago efectivo.

Asser y Rivier, combatiendo como regla general la distinción de la ley que debe regular las consecuencias jurídicas mediatas é inmediatas, las accesorias y los efectos de la obligación contractual, excluyen toda diferencia acerca de la ley que debe regir los intereses en general y los debidos por causa de demora (3). Bar, que tampoco acepta la distinción, sostiene que

(1) *Conflicts of Laws*, § 296.

(2) Laurent, t. VIII, § 214.

(3) *Droit intern. privé*, § 37.

todo lo concerniente á la tasa de los intereses de demora debe depender de la ley del lugar del pago (1).

1.180. Consultando la jurisprudencia, hallamos que el Tribunal de casación francés, en el pleito Diab contra Lombardi, fallado por sentencia de 10 de Junio de 1857, sostiene, á propósito de un contrato concluído en Chipre en el que se estipuló el interés del 12 por 100 anual permitido por la ley allí vigente, que los Tribunales franceses no sólo podían reputar ilícito dicho contrato y mandar ejecutarlo condenando á la parte á pagar los intereses vencidos y debidos antes de la demanda, sino que fijaba los intereses de demora, no ya con arreglo á la ley francesa, sino á la tasa convenida entre las partes. «Cuando los intereses, dice el Tribunal, corren por virtud del contrato con arreglo á una tasa fijada entre las partes, deben correr también hasta el pago sin hacer distinción alguna, porque ésta sería una violación del contrato» (2).

El Tribunal de Burdeos, por el contrario, en sentencia de 22 de Agosto de 1865, sostiene que los intereses de demora no debían ser los del 12 por 100 fijados por el contrato válidamente hecho en el extranjero, sino los correspondientes con arreglo á la tasa establecida por la ley francesa (3).

1.181. Nosotros entendemos que debe aceptarse como regla que siendo potestativo en los contratantes fijar los intereses de las relaciones y las consecuencias jurídicas que se derivan de los contratos que deban depender de la ley á que según su voluntad expresa ó presunta debe considerarse sometida la obligación, no puede sostenerse en ningún caso que la tasa del interés de demora deba determinarse con arreglo á la ley del lugar donde las partes hayan celebrado el contrato ó la que deba regir la tasa del interés á falta de pacto expreso ó según la *lex fori*, sino que debe aquélla determinarse *secundum verosimiliter mentem contrahentium* (4).

(1) Bar, *Dus. internat. privatrecht*, pág. 258.

(2) Cass., 10 Junio 1857 (*Journ. du Pal.*, 1857, pág. 934).

(3) Bordeaux, 22 Agosto 1865 (*Journ. du Pal.*, 1866, 830). V. en igual sentido Aix, 14 Enero 1825.

(4) Confr. Foelix, *Droit intern.*, t. I, pág. 232 y los autores allí cita-

Advertimos, ante todo, que la demanda judicial y la sentencia no producen la novación de la obligación convencional ni atribuyen nuevos derechos, sino que es siempre la primitiva obligación la que subsiste según su primitivo valor jurídico, y el Magistrado no hace más que declarar los derechos principales y accesorios que según la misma corresponden al acreedor, y reconocerlos y fortificarlos con su sanción judicial. Esto excluye que la *lex fori* pueda tener autoridad para determinar los derechos accesorios derivados del contrato concluido entre las partes cuando éste deba considerarse sometido á la ley extranjera. No podría, pues, darse el caso de aplicar la *lex fori* para determinar la razón de los intereses de demora, como sostiene el Tribunal de Burdeos, porque la circunstancia del lugar en que la demanda puede interponerse no debe influir para disminuir ni aumentar los derechos principales y accesorios correspondientes á las partes según el contrato.

Parece que, para determinar los intereses de demora, no deben ser siempre aplicables las mismas reglas que hemos expuesto acerca de la tasa del interés convencional, porque cuando de las circunstancias no puede deducirse que las partes hayan querido estipular la obligación del interés en la forma pactada hasta el día del pago efectivo, no siempre puede sostenerse que, sobrevenida la demora, deba entenderse prorrogada de pleno derecho la estipulación primitiva aun para lo concerniente á la tasa del interés debido por falta de pago.

Parece, por el contrario, más razonable admitir que, así como el interés legal de demora representa el perjuicio que sufre el acreedor á quien habiendo vencido el plazo no se le paga lo que se le debe, así también la tasa legal de esto debe determinarse con arreglo á la ley del lugar en donde el perjuicio se haya ocasionado efectiva y realmente, esto es, según la ley del lugar en donde el pago debió hacerse.

Este principio está completamente de acuerdo con cuanto hemos dicho anteriormente para determinar la ley del interés.

dos; Massé, *Droit comm.*, tomo I, núm. 616 y sig.; Pont, *Des Pet. Cont.*, t. I, núm. 271.

Habiendo considerado éste como fruto civil del dinero y el respectivo del goce y de la privación por parte del deudor y del acreedor, parece lógico que las consecuencias jurídicas de la falta de pago deban regirse por la ley del lugar donde el dinero debía pagarse y no se pagó. En efecto, cuando por las circunstancias no pueda establecerse una regla distinta, la presunción más lógica es la que considera conforme con la voluntad de las partes el haber querido someter el pago y todas las consecuencias del mismo y de su falta, á la ley del lugar en que debía efectuarse.

Burgundio, después de haber establecido que la tasa del interés convencional debe depender de la ley del contrato, como hemos dicho anteriormente, añade: «*sed, hoc intellige de usuris in stipulationem deductis, non autem de iis, quae ex mora debentur, in quibus ad locum solutionis respicere oportet*» (1). El mismo escritor dice en otro lugar á propósito de las relaciones de la ley con el pago: «*idem ergo de solutionibus dicendum, scilicet, ut in omnibus quae ex ea sunt, aut inde oriuntur, aut circa illam consistunt aut aliquo modo affinia sunt, consuetudinis loci spectemus ubi eadem implere convenit*» (2). Y añade: *Itaque ex solutione sunt solemnna, valor rei debitae, pretium monetae ex solutione oriuntur praestatio apochae, similiaque, circa solutionem consistunt ponderamentum bonitas, expensae, mora, damna, interesse usura ex mora debita, et ejusmodi* (3). Fúndase principalmente en la doctrina y en las razones aducidas por los jurisconsultos, y dice: *rationis mutantur a jurisconsultis qui unumquemque vult in eo loco contractasse intelligi, in quo ut solveret, se obligavit* (4). Fundándonos en estos conceptos hemos sostenido que así como el retraso en el pago sólo puede verificarse en el lugar donde aquél debe hacerse, y por consiguiente allí viene á incurrirse en mora, las consecuencias de ésta deben determinarse según la ley del lugar en que haya sobrevenido. En efecto, allí es donde se verificaría la

(1) Burgundus, *Tract.*, IV, núm. 10, pág. 109.

(2) Idem, *ibidem*, núm. 25, pág. 114.

(3) Idem, *Tract.*, IV, núm. 27, pág. 115.

(4) Idem, *ibidem*, núm. 29, pág. 116.

pérdida y el perjuicio por parte del acreedor, y no parece lógico que pueda aplicarse otra ley para determinar el *id quod interest*. Con razón, pues, dice Everardi: «*Ubi certus locus solutioni faciendae destinatus est, tunc non facta solutione in termino et loco praefixo, mora dicitur contrahi in loco destinatae solutionis, non in loco celebrati contractus* (1).

Aplicando estos principios debemos deducir de ellos que cuando, teniendo en cuenta las circunstancias del contrato, puede establecerse que el pago de la suma prestada haya debido efectuarse en Italia (á falta de pacto especial), los intereses debidos por el retraso en ejecutarlo deberían evaluarse por la tasa fijada por la ley italiana, y por consiguiente, tendría el acreedor derecho á solicitar el pago de los intereses legales desde el día en que comenzó la mora sin necesidad de justificar pérdida alguna, con arreglo á lo dispuesto á este propósito en el art. 1.231 del Código civil, y los intereses vencidos podrían producir otros intereses con arreglo al art. 1.232 (a), á pesar de que sea distinta la *lex loci contractus*. La razón es siempre la dada por Hubero, esto es, *verum tamen non ita praecise respiciendus est locus, in quo contractus est initus, ut si partes alium in contrahenda locus respererint, ille non potius sit considerandus* (2).

Conviene recordar lo que escribió Voet: *Ne tamen hic oriatur confusio, locum contractus duplicem facio; alium ubi fit, de quo jam dictum; alium, in quem destinata solutio; illud locum verum, huc fictum appellat Salicetus. Uterque tamen recte locus dicitur con-*

(1) Everardi, *Consilia*, 78, núm. 10, pág. 205.

(a) Con estos artículos del Código italiano concuerdan el 1.108 y el 1.109 del español, si bien aquel cuerpo legal establece expresamente en el primero de los artículos citados en el texto que para exigir este pago no tendrá el acreedor necesidad de justificar que haya experimentado daño alguno.

En cuanto al interés legal que el Código civil español lo fija, en el primero de los dos artículos mencionados, en el 6 por 100 en materia civil, el italiano lo consigna en el artículo 1.831 fijándolo en el 5 por 100 en dicha materia, y en el 6 por 100 en la mercantil.

(2) Huberus, *De conflictu legum*, lib. I, tit. III, § 10.

tractus, etiam secundum leges civiles, licet postremus aliquid fictionis contineat (1).

1.182. Aplicando los principios expuestos puede surgir cualquier dificultad al determinar el lugar en que debe considerarse efectuada la demora. Cuando en el contrato se haya indicado el lugar del pago, la dificultad se habrá eliminado por el pacto contractual y no habrá lugar á duda, puesto que sólo podrá entenderse que se ha incurrido en mora en la ejecución, donde debía efectuarse el pago por virtud del pacto contractual. La duda podrá, pues, surgir sólo en la hipótesis de que no se pueda deducir de los pactos contractuales el lugar del pago, ni por las circunstancias pueda ser determinado. En tal caso convendrá aplicar los principios generales según los que puede determinarse el lugar del pago á falta de pacto expreso, y deberá siempre prevalecer la regla general de que el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, cuando las circunstancias ó la naturaleza del hecho jurídico no puedan influir para admitir una regla distinta.

1.183. Es evidente que, entrando en nuestro orden de ideas, el Magistrado no está obligado á aplicar las leyes del propio país que limitan la usura lícita, y esto lo afirmamos por las mismas razones por que hemos excluido la *lex fori* respecto del interés lícito convencional (2). Podrá, pues, condenar á pagar intereses de demora á una tasa superior á la lícita según la ley propia, si en el contrato de préstamo estipulado bajo el imperio de la ley extranjera se hubiese pactado que el interés con la tasa convenida debía pagarse hasta el reembolso efectivo del capital, y lo mismo deberá decirse en el caso de que los intereses de demora, por virtud de los principios expuestos, debieran ser evaluados, á falta de pacto expreso, á una tasa superior á la lícita según la *lex fori*. Recordamos que los Tribunales franceses, al decidir cuestiones de derecho transitorio, que tienen mucha analogía con las que discutimos, han sostenido que los intereses del 10 por 100 estipulados en un contrato anterior á la ley de 3 de

(1) Voet, *De Stat.* § 9.º, cap. II, § 11, pág. 270.

(2) Véanse los párrafos 1.173 y siguientes de esta obra.

Septiembre de 1807, eran debidos hasta el vencimiento del término, pero que á los que se debían, por falta de pago, después de la promulgación de la nueva ley debía aplicarse ésta, porque la demora no podía prorrogar de pleno derecho la estipulación primitiva (1). Por el contrario, el Tribunal de Poitiers consideró válido un pacto concluído bajo el imperio de la ley anterior, por el que se había convenido que debía pagarse el interés del 10 por 100 hasta el reembolso efectivo del capital, y decidió que lo debido por el retraso en el pago debía abonarse con la tasa convenida á pesar de la promulgación de la nueva ley (2).

(1) Confr. Cass., 10 Diciembre 1875 y 15 Noviembre 1836 (Colín).

(2) Poitiers, 8 Febrero 1825 (Colec. Guéronille).

CAPITULO VIII

Del contrato de constitución de renta.

1.184. De las diversas formas de este contrato.—**1.185.** Bajo qué punto de vista debemos ocuparnos de él.—**1.186.** De la renta territorial constituida mediante contrato.—**1.187.** De la renta territorial constituida mediante testamento.—**1.188.** Cómo la *lex rei sitae* puede ejercer su autoridad respecto del contrato.—**1.189.** Principios relativos á la forma del contrato y á la aplicación de la regla *locus regit actum*.—**1.190.** Autoridad de la *lex rei sitae* respecto de la naturaleza del derecho que se deriva del contrato.—**1.191.** De la ley que debe regir la liberación de la renta territorial y el término para ejercitar el derecho.—**1.192.** Principios relativos á la redención forzosa.—**1.193.** De la renta sencilla, su naturaleza y ley por que debe regirse.—**1.194.** Cómo puede la *lex rei sitae* desplegar su autoridad respecto de esa liberación.—**1.195.** Examen del caso en que la renta constituida mediante contrato hecho en el extranjero esté garantida con hipoteca sobre un predio existente en Italia.—**1.196.** Cuestión sobre si la renta sencilla es redimible.—**1.197.** Del contrato de renta vitalicia y de su naturaleza.—**1.198.** De terminación de la ley que debe regir este contrato.—**1.199.** Importancia que respecto de las obligaciones contractuales tiene la ley del domicilio del obligado.—**1.200.** Discusión sobre la aplicación de la regla *locus regit actum*.—**1.201.** Cuestiones relativas á los efectos del contrato.—**1.202.** Ley que debe regir la disolución del contrato y las garantías impuestas al deudor.

1.184. El contrato de constitución de renta presenta formas diversas según los elementos exigidos para constituirlo y según su finalidad.

En el derecho antiguo este contrato era de tres clases: El que se llamaba comúnmente renta territorial, que los franceses denominaban *bail á rente*, y que, según el derecho anteriormente

Septiembre de 1807, eran debidos hasta el vencimiento del término, pero que á los que se debían, por falta de pago, después de la promulgación de la nueva ley debía aplicarse ésta, porque la demora no podía prorrogar de pleno derecho la estipulación primitiva (1). Por el contrario, el Tribunal de Poitiers consideró válido un pacto concluído bajo el imperio de la ley anterior, por el que se había convenido que debía pagarse el interés del 10 por 100 hasta el reembolso efectivo del capital, y decidió que lo debido por el retraso en el pago debía abonarse con la tasa convenida á pesar de la promulgación de la nueva ley (2).

(1) Confr. Cass., 10 Diciembre 1875 y 15 Noviembre 1836 (Colín).

(2) Poitiers, 8 Febrero 1825 (Colec. Guéronille).

CAPITULO VIII

Del contrato de constitución de renta.

1.184. De las diversas formas de este contrato.—**1.185.** Bajo qué punto de vista debemos ocuparnos de él.—**1.186.** De la renta territorial constituida mediante contrato.—**1.187.** De la renta territorial constituida mediante testamento.—**1.188.** Cómo la *lex rei sitae* puede ejercer su autoridad respecto del contrato.—**1.189.** Principios relativos á la forma del contrato y á la aplicación de la regla *locus regit actum*.—**1.190.** Autoridad de la *lex rei sitae* respecto de la naturaleza del derecho que se deriva del contrato.—**1.191.** De la ley que debe regir la liberación de la renta territorial y el término para ejercitar el derecho.—**1.192.** Principios relativos á la redención forzosa.—**1.193.** De la renta sencilla, su naturaleza y ley por que debe regirse.—**1.194.** Cómo puede la *lex rei sitae* desplegar su autoridad respecto de esa liberación.—**1.195.** Examen del caso en que la renta constituida mediante contrato hecho en el extranjero esté garantida con hipoteca sobre un predio existente en Italia.—**1.196.** Cuestión sobre si la renta sencilla es redimible.—**1.197.** Del contrato de renta vitalicia y de su naturaleza.—**1.198.** De terminación de la ley que debe regir este contrato.—**1.199.** Importancia que respecto de las obligaciones contractuales tiene la ley del domicilio del obligado.—**1.200.** Discusión sobre la aplicación de la regla *locus regit actum*.—**1.201.** Cuestiones relativas á los efectos del contrato.—**1.202.** Ley que debe regir la disolución del contrato y las garantías impuestas al deudor.

1.184. El contrato de constitución de renta presenta formas diversas según los elementos exigidos para constituirlo y según su finalidad.

En el derecho antiguo este contrato era de tres clases: El que se llamaba comúnmente renta territorial, que los franceses denominaban *bail á rente*, y que, según el derecho anteriormente

vigente, se denominaba en Italia censo reservativo (a). Consistía éste en el contrato por el cual cedía uno á otro una finca, una casa ó un derecho inmobiliario y se obligaba á conservárselo á título de propiedad, reservándose por ello un derecho de renta anual de cierta suma de dinero ó de cierta cantidad de frutos en especie, que se consideraba como compensación de la cesión, y que la otra parte se obligaba recíprocamente á pagar mientras poseía el predio, la casa ó el derecho inmobiliario cedido. Este contrato se asemejaba en cierto modo á la venta, á la cesión ó al arrendamiento por tiempo indeterminado, por lo que pueden considerarse aplicables á éste muchas reglas que hemos expuesto respecto de dichos contratos.

Otra especie era la constitución de renta que se efectuaba cuando uno daba un capital con la obligación de no volverlo á pedir, y el otro al recibirlo se constituía en deudor de una renta perpetua, con el derecho, sin embargo, de poderlo redimir á su voluntad mediante la restitución del capital. Esta segunda forma tenía el carácter de préstamo á interés, porque en sustancia consistía en el interés estipulado respecto al capital que uno daba á otro, y que éste disfrutaba con la obligación de pagar anualmente una renta como precio del disfrute.

La tercera forma es el que ahora denominamos contrato de renta vitalicia, que se diferencia de la segunda por la circunstancia de que la renta debe pagarse al que da el capital ó á un tercero mientras viva aquel á favor del cual la renta se ha constituido, ó durante la vida de una ó más personas que no tengan derecho á la renta.

El Código italiano, manteniendo como regla general que el derecho de propiedad atribuye á cada cual el poder de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ella un uso vedado por las leyes, admite que la

(a) El vigente Código italiano ha omitido tratar de los censos, incluyendo los preceptos que pudieran referirse al reservativo en el título que trata de la constitución de renta (art. 1.778 y siguientes). El Código español dedica á los censos todo el título VII del libro IV, y al reservativo el capítulo IV de dicho título (art. 1.661 y siguientes).

renta podrá constituirse á título oneroso ó á título gratuito ó de cualquier otro modo, es decir, en forma de renta temporal, perpetua ó vitalicia, y sólo ha regulado la forma y los efectos de este contrato en interés de las partes y en el de los terceros, teniendo siempre en cuenta el interés social y el del orden público, que no deben perjudicarse por ninguna forma ni clase de vínculos impuestos á la propiedad inmueble, ya sea territorial, ya urbana (a).

1.185. Debiéndonos limitar aquí únicamente á discutir las cuestiones que pueden surgir sobre esta materia desde el punto de vista de la competencia legislativa, debemos concretar mucho nuestra exposición. Trátase, en efecto, de determinar cuál debe ser la ley reguladora de las relaciones que se derivan del contrato de constitución de renta, lo mismo respecto de las partes contratantes que de los terceros.

1.186. Comenzando por la primera clase de contrato de renta, esto es, la que se denomina comúnmente renta territorial (*fondaria*), conviene advertir que aunque pueden ser varios los modos de constituir esa renta, esto es, mediante acto entre vivos ó de última voluntad, debe, sin embargo, atenderse á la naturaleza del asunto jurídico siempre que se trate de decidir respecto de la ley que deba regular este contrato para los efectos que haya de producir entre las partes y respecto de los terceros.

Dos hipótesis pueden plantearse, esto es, que la *lex rei sitae* no rija por completo el contrato de renta territorial, ó que lo rija con reglas especiales. En el primer caso no podrá sostenerse que el contrato deba reputarse ineficaz por el motivo de que la ley del país donde el inmueble se halla situado no reconozca esa forma de contrato. Debe admitirse, en efecto, que toda obligación contractual relativa á aquello que pueda ser materia lícita de convención deberá tener siempre eficacia jurídica; conviene admitir además que, según el derecho de gentes, el propietario puede disponer de la cosa de la manera más absoluta, y del mismo modo que podrá venderla ó cederla por un precio convenido, ó bien transmitirla imponiendo al adquirente la obliga-

(a) Véase lo dicho en la nota anterior.

ción de pagar una renta anual como precio de la cosa cedida y adquirida por él.

Convendrá, pues, en la hipótesis propuesta, aplicar las reglas generales relativas á la eficacia jurídica de toda obligación contractual acerca de cualquier objeto que pueda ser materia lícita de contrato. El hecho jurídico asumiría el carácter y la naturaleza de una venta, y deberían aplicársele las reglas expuestas anteriormente respecto de la venta de un inmueble situado en país extranjero, para decidir toda cuestión acerca de la eficacia del contrato entre las partes y respecto de terceros; pues en dicho caso se trataría de un contrato por el cual enajena el propietario el inmueble á otro que se obliga en cambio á constituir la renta territorial como equivalencia del precio del inmueble adquirido. Debe, pues, admitirse la autoridad de la *lex rei sitae* cuando se trate de resolver acerca de los requisitos necesarios para la eficacia del contrato de la transmisión del dominio entre las partes y respecto de terceros. De consiguiente, si, según la *lex rei sitae*, fuese indispensable para la transmisión y la adquisición del dominio el contrato escrito por documento privado ó público, debería reputarse esencial dicha forma para la constitución de la renta territorial.

Si, además, la *lex rei sitae* exigiese la transcripción ó la inscripción del contrato en los libros del Registro ú otras formalidades, declarándolas esenciales para la eficacia de la transmisión del dominio respecto de terceros, deberá observarse cuanto dicha ley disponga siempre que se quiera que el contrato de constitución de renta territorial pueda reputarse eficaz respecto de dichos terceros.

1.187. Si, pues, la constitución de la renta territorial se hubiese efectuado en beneficio de un tercero por el propietario del inmueble, que lo haya así dispuesto en su testamento, convendrá en tal caso aplicar las reglas que rigen los actos de última voluntad, y en cuanto á la capacidad del disponente y á la validez intrínseca de la disposición misma, cuando se trate de decidir acerca del valor de ésta en relación con el derecho sucesorio, y referirse en todo caso á la *lex rei sitae* para resolver toda cuestión relativa á los derechos reales que pudiera

ostentar aquél á cuyo favor se hubiese constituido la renta contra el otro que por virtud del testamento esté obligado á pagarla, y acerca de las formalidades exigidas para la eficacia del derecho real, las medidas que deban adoptarse para la conservación de las fincas, y las reglas para el ejercicio y los efectos de los mencionados derechos respecto de los terceros.

No es este el lugar oportuno para ocuparnos de la renta territorial constituida por acto de última voluntad, puesto que esta materia debe estar sometida á las reglas por que se rija la sucesión, debiendo ocuparnos aquí solamente de la renta territorial constituida por medio de contrato.

Pasemos á examinar la segunda hipótesis.

1.188. Cuando la *lex rei sitae* se ocupe del contrato de constitución de renta y lo regule por disposiciones especiales (como ha hecho el legislador italiano), es claro que, si el inmueble objeto del contrato se hallase en el territorio sometido al imperio del legislador, las disposiciones sancionadas por el mismo respecto de las condiciones exigidas para la eficacia del contrato y para sus efectos, deberán reputarse obligatorias aun respecto de los extranjeros que hayan celebrado un contrato con otro país.

1.189. Debe tenerse presente, que siempre que la constitución de renta tenga lugar con motivo de la cesión ó enajenación de un inmueble, y el acreedor de aquélla, sin reservarse derecho alguno de dominio sobre la cosa cedida, sostenga, sin embargo, que el inmueble debe estar destinado á asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta como condición de la cesión (la de pagar anualmente una renta determinada), y dicha garantía real esté reconocida por la *lex rei sitae*, es evidente que, así como la garantía del acreedor consistirá en el derecho real sobre el inmueble, así también deberá atenderse inevitablemente á cuanto disponga dicha ley para hacer eficaz la garantía real y para la adquisición del mismo derecho real é inmobiliario que puede derivarse del contrato.

Por consiguiente, cuando ordinariamente caiga la forma del contrato bajo la regla *locus regit actum*, tanto en fuerza del principio general de que los inmuebles están siempre sujetos á las

leyes del lugar en que estén situados y debe decidirse según la *lex rei sitae* no sólo lo que se refiere á los derechos reales que pueden adquirirse sobre los inmuebles, sino también respecto de las formas esenciales que pueden declararse necesarias para la adquisición de los mismos derechos, deberá admitirse que, si según la *lex rei sitae* se dispusiese lo que sanciona el núm. 6.º del artículo 1.314 del Código civil italiano, esto es, que todas las rentas perpetuas ó vitalicias únicamente pueden constituirse por documento escrito público ó privado, y esto so pena de nulidad, tal forma de contrato debería reputarse esencial para la adquisición del derecho, cuando el inmueble objeto del contrato, se halle en Italia.

No podrá, pues, invocarse la regla *locus regit actum* y exigir que la constitución de la renta pueda probarse mediante la confesión, juramento ó cualquier otro medio que no sea el documento escrito, á pesar de que, según la ley extranjera bajo cuyo imperio se haya estipulado el contrato, no se exija la forma escrita so pena de nulidad. Hemos dicho ya que el estatuto de la forma de los actos tiene la autoridad del estatuto real siempre que el legislador sancione ó imponga, so pena de nulidad, la regla acerca de la forma para la adquisición de un derecho real é inmobiliario.

1.190. Debe decidirse, además, de conformidad con la *lex rei sitae* la naturaleza misma del derecho que se deriva del contrato aunque se haya celebrado en el extranjero, esto es, si aquél debe ser considerado como un derecho mueble ó como un derecho real inmobiliario. Según la ley vigente en Italia, por ejemplo, las rentas perpetuas ó vitalicias se incluyen entre las cosas que deben reputarse muebles por determinación de la ley (art. 418 del Código civil).

Es verdad, sin embargo, que este derecho puede ser garantido con hipoteca y que respecto de la renta territorial admite nuestro legislador la hipoteca legal sobre el inmueble cedido en garantía del crédito correspondiente á aquél en cuyo favor se constituyó la renta. Sin embargo, esto lleva consigo la afirmación de que el derecho real inmobiliario, siempre que la renta territorial se haya constituido como condición para la cesión de un inmueble

existente en Italia, se derivará de la hipoteca puesta para garantizarlo, por lo cual, sería indispensable que la mencionada hipoteca se haya inscrito y renovado de conformidad con lo que dispone la ley italiana.

Todo derecho real inmobiliario debe estar sometido á la ley territorial bajo todos sus aspectos, siempre que se trate de su eficacia. Por consiguiente, el derecho real respecto al inmueble existente en Italia, cuyo derecho se derive de un contrato hecho en el extranjero mediante el cual el inmueble fué cedido ó transmitido, sean cualesquiera las disposiciones de la ley extranjera, no podrá ser eficaz cuando falten los requisitos exigidos al efecto con arreglo al Código civil italiano. No podrá, pues, admitirse que el acreedor de la renta territorial pueda fundar un derecho real con garantía de su crédito sobre el inmueble cedido para constituir la renta, si la hipoteca que ha de garantizar su derecho no estuviere debidamente inscrita con arreglo á la ley territorial. Tampoco podrá considerarse como acreedor quirografario, esto es, en la posición de aquél que puede mantener un derecho simple de crédito en fuerza de un contrato celebrado en el extranjero (1).

Por lo demás, debe entenderse que nuestro razonamiento se refiere á la constitución de renta territorial por virtud de contrato celebrado en el extranjero después de haber comenzado á

(1) Según la legislación vigente en Italia, en las provincias de Nápoles, antes de la publicación del Código civil, el que cedía un inmueble reservándose contra el cesionario el derecho á obtener de éste el pago de una prestación anual denominada *censo*, conservaba sobre la finca cedida un derecho real que tenía el carácter de un *ius in re aliena*, pues la finca se consideraba transmitida en plena propiedad al cesionario, de tal modo que el cedente no conservaba parte alguna de dominio, que transmitía por completo al cesionario; pero podía ostentar un derecho real inmobiliario transmitido en la reserva del censo. De aquí que para obtener el pago tenía una doble acción, esto es, la personal contra el cesionario, y la acción real contra la finca, que podía ejercitar contra cualquier poseedor. Decimos esto para probar que la naturaleza del derecho ha podido y puede ser distinta según la diferencia de los sistemas legales vigentes en los diversos países.

regir el Código civil. Si se tratase, por el contrario, de un contrato hecho bajo el imperio de las leyes y de las costumbres anteriores al mencionado Código, deberá resolverse la cuestión ateniéndose á los principios por nosotros expuestos y refiriéndose á la *lex rei sitae* vigente en el momento en que se constituyó la renta, y tener presente las reglas del derecho transitorio que se refieren á las rentas perpetuas constituidas con arreglo á las antiguas leyes, para resolver las cuestiones que puedan surgir en lo que se relaciona con las rentas constituidas antes de 1.º de Enero de 1860 por contratos hechos en el extranjero.

1.191. En la hipótesis de que, según la *lex rei sitae*, se haya sancionado el principio de que la renta constituida pueda redimirse por el deudor que esté obligado á pagarla, no puede surgir duda alguna de que esta disposición habrá de extender su autoridad respecto de las rentas constituidas por virtud de contrato hecho en el extranjero y aunque no esté conforme con la ley exterior bajo cuyo imperio el contrato se haya concluido. Es, en efecto, evidente que la ley que provee á la reducción de los vínculos relativos á la propiedad de las cosas, tiende á proteger los intereses generales y el derecho social, y debe tener autoridad *erga omnes*, y no podrá derogarse lo en ella dispuesto invocando la ley extranjera bajo cuyo imperio se haya celebrado el contrato. Sólo puede admitirse que, cuando las partes hayan estipulado que no pueda efectuarse la redención hasta transcurrido cierto término, ó cuando según la ley extranjera pueda considerarse la renta como un derecho perpetuo, real é inmobiliario, podrá el pacto contractual tener valor sólo dentro de los límites consentidos por la *lex rei sitae*, en el sentido de que, si con arreglo á ésta el término máximo, dentro del cual pudiera excluirse el derecho del deudor que quisiera redimir la renta, se fijase en diez, veinte ó treinta años, podría tener valor el pacto contractual dentro del período establecido por la *lex rei sitae*.

Con arreglo al Código civil italiano, por ejemplo, se halla sancionado en el art. 1.783 que tanto la renta territorial cuanto la renta simple constituida mediante un capital son esencialmente redimibles á voluntad del deudor, no obstante cualquier pacto en contrario. Sin embargo, el legislador concede á las partes la fa-

cultad de estipular que la redención no pueda hacerse durante la vida del cedente ó antes de cierto término, que en las rentas territoriales no puede exceder de treinta años ni de diez en las demás.

Esta disposición debe ejercer indudablemente su autoridad aun sobre la renta constituida mediante un acto realizado en el extranjero; sin que pueda decirse en contrario, que, si como ya hemos indicado, el legislador italiano incluye la renta entre las cosas muebles por determinación de la ley, é invoca la regla sancionada por el art. 7.º de las disposiciones generales (esto es, que los bienes muebles están sujetos á las leyes de la nación del propietario) para deducir de ello que, si con arreglo á la ley extranjera, se considerase la renta como un derecho perpetuo ó irredimible, debía ser considerada como tal tratándose de cosa mueble sujeta á la ley de la nación del propietario. Por el contrario, puede alegarse con más razón que la disposición contenida en el art. 1.783 no se refiere á la renta en cuanto cosa mueble, sino á las cosas y á los bienes, puesto que la cualidad de redimibles, propia de los vínculos que afectan la propiedad territorial en Italia, tienden á regir la condición de los bienes y derechos inherentes al dominio, y que, con arreglo á lo prescrito en el art. 12 de las disposiciones generales del Código civil, no es lícito invocar leyes extranjeras ó disposiciones particulares y contratos para derogar las leyes del reino concernientes á los bienes.

1.192. Por la misma razón la redención forzosa á que puede obligarse al deudor que, hallándose en posesión del inmueble, no haya pagado la anualidad de la renta, debe regirse por los pactos contractuales cuando se trate de evaluar la acción correspondiente al acreedor que quiera obligar al deudor de la renta á la redención forzosa, y á la *lex rei sitae* para todo lo concerniente al modo de ejercitar la acción, al procedimiento, á la declaración de morosidad, á la facultad correspondiente al Juez de conceder un término para arreglar esta última, etcétera. En otros términos, convendrá referirse al contrato para todo lo que respecta á la *decissio litis*, y á la *lex fori* para lo que respecta á la *ordinatio litis*.

Pero si según la *lex rei sitae* puede el deudor ser obligado á la redención forzosa por razones especiales consignadas por el legislador además de las establecidas en el contrato, convendrá atenerse á lo que la ley disponga, y admitir la redención en los casos fijados por aquélla. El acto jurídico realizado bajo el imperio de la misma justificará la aplicación de las disposiciones sancionadas por el legislador para regular las consecuencias del hecho jurídico mismo respecto de los bienes existentes en el territorio sujeto á su autoridad.

1.193. Digamos ahora dos palabras acerca de la renta constituida mediante el pago de un capital. Esta tiene lugar cuando uno da á otro un capital obligándose á no pedir su restitución, y el otro asume la obligación de pagar una renta anual con la facultad de restituir el capital recibido, librándose así de la obligación de pagar la renta. Este contrato tiene, en realidad, la naturaleza de un préstamo, porque la renta constituida no representa otra cosa, en realidad, que el interés del capital entregado por el cedente. La diferencia consiste en la obligación asumida por éste de no poder pedir el capital dejando á salvo al deudor de la renta el derecho de poderlo restituir cuando lo juzgue conveniente.

Pothier (1) asimila este contrato al de venta, porque sostiene que uno de los contratantes vende al otro una renta anual y perpetua de la cual se constituye en deudor, por un precio lícito convenido entre ambos, y que consiste en la suma que en metálico recibe el vendedor del comprador de la renta. Es inútil discutir respecto de este punto; pero, en el fondo, la constitución de la renta no es absolutamente lo mismo que el préstamo, porque la obligación asumida por el que da el capital, de no poder pedir la devolución de éste, quita al acto el carácter verdadero y propio de préstamo.

Existen otras diferencias esenciales entre las que notamos que el préstamo á interés se hace siempre á título oneroso, en tanto que la constitución de renta puede hacerse á título gra-

(1) Pothier, *Traité du contrat de constitution de rente, article préliminaire et chapitre I.*

tuito, y como tal puede estar sometida á las reglas que rigen los actos de liberalidad. Sin embargo, nosotros no tenemos interés en discutir sobre este punto, y así como en la constitución de renta simple puede existir el hecho contractual, del que sólo se derivan relaciones personales entre el que cede el capital y el que se obliga á pagar la renta, así también debe sostenerse en este caso que el contrato de constitución de renta simple debe estar sometido á las reglas generales que rigen los contratos, para todos los efectos relativos á las obligaciones personales de las partes contratantes y al valor de lo pactado por éstas.

1.194. Conviene notar además que, según algunas leyes, también la constitución de renta simple se halla en relación con el inmueble destinado á asegurar el pago de la renta constituida. Esto sucede, por ejemplo, según la ley italiana. Nuestro legislador ha sancionado en el art. 1.782 que cuando se quiera constituir la renta simple ó censo mediante capital, es condición indispensable que se halle asegurada con hipoteca especial sobre una finca determinada (a). El contrato de renta sin hipoteca especial transformará el acto jurídico en un verdadero préstamo á interés con derecho á pedir el capital, siempre que en el contrato no se haya fijado término para la restitución. En el caso, pues, de que el acto jurídico deba ser sometido á la ley italiana, se aplicarán las disposiciones de los arts. 1.173 y 1.176 del Código civil (b), que atribuyen al Juez la facultad de fijar un término conveniente para el cumplimiento de la obligación, cuando este cumplimiento haya quedado á voluntad del deudor, y cuya disposición se aplica también al mutuo, según los arts. 1.826 y 1.827 de nuestro referido Código.

Esta diversidad de disposiciones legislativas respecto de la

(a) Aunque el Código civil español no contenga precepto alguno que taxativamente concuerde con este artículo del Código italiano, vienen á equivaler en el fondo á él todas las disposiciones del título VII del libro IV, que establecen que el censo debe constituirse sobre finca determinada y en escritura pública, que el censalista tiene acción personal y real contra el censatario, etc., etc.

(b) Lo mismo establece el art. 1.128 de nuestro Código.

necesidad de la hipoteca exigida como condición para formalizar el contrato, puede ejercer decisiva influencia para determinar la naturaleza del mismo, puesto que, según las reglas generales que deben regir las convenciones entre personas de distintos países, el contrato debe estar sujeto á una ú otra ley. En efecto, teniendo en cuenta que, según dichas reglas generales, la naturaleza y el contenido de las obligaciones convencionales deben regirse por la *lex loci contractus*, esto es, por la vigente en el país en donde el contrato se perfecciona, síguese que cuando el acto jurídico deba regularse por la ley italiana, debiendo decidirse según la misma toda contienda relativa á la naturaleza del contrato, no podrá admitirse que la relación contractual pueda considerarse contrato de renta sencilla más bien que contrato de préstamo á interés sin término para la restitución del capital prestado, si la renta no estuviese asegurada con hipoteca especial sobre un predio determinado. Siendo esta la condición esencial, según la ley italiana, para que el contrato pueda afectar la naturaleza de contrato de renta simple, es claro que, en el supuesto de que se deba decidir con arreglo á nuestra ley la naturaleza del contrato, no podrá admitirse que exista constitución de renta cuando ésta no esté asegurada con hipoteca especial sobre una finca determinada.

1.195. Por el contrario, si el contrato entre el que haya dado el capital y el deudor se ha efectuado en el extranjero y se ha dado hipoteca sobre una finca existente en Italia sólo para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato, deberán, en tal caso, tenerse presentes las reglas que rigen los contratos hechos en el extranjero y garantidos con hipoteca. Esta no cambiaría, en efecto, las reglas acerca de la autoridad de la ley que debe regir las relaciones contractuales, puesto que la hipoteca será siempre un accesorio del contrato principal, y no puede modificar las reglas generales ni atribuir autoridad alguna á la ley territorial respecto de las relaciones contractuales creadas por las partes bajo el imperio de la ley extranjera.

Sólo deberá admitirse que en virtud del principio general según el cual debe atribuirse autoridad á la ley territorial para

el ejercicio de todo derecho real sobre los inmuebles existentes en el territorio, debe aplicarse la *lex rei sitae* no sólo para decidir toda cuestión respecto de la hipoteca con que se haya gravado el inmueble, sirviendo así de garantía de la renta, sino también para decidir cómo pueden gravarse los inmuebles por el vínculo de permanecer afectos, en fuerza de la hipoteca, al pago de la renta.

Decimos esto porque entendemos que todas las disposiciones concernientes á la redención de los vínculos por tiempo indeterminado que afectan á los inmuebles, tienen autoridad *erga omnes*, puesto que tienden á regular el régimen de los bienes existentes en el territorio y á asegurar la libre circulación de los mismos, á fin de proveer mejor á la tutela de los intereses sociales y á la mejor organización de la propiedad inmueble, por lo que no puede dudarse que dichas leyes deben ejercer su autoridad sobre los inmuebles, y que deben tener respecto de éstos el carácter de estatuto real.

Por virtud de este principio no puede admitirse que la *lex rei sitae*, por la sola circunstancia de que la renta se halle garantida con hipoteca, deba regular el contrato y los efectos de los pactos contractuales; pero de aquello que pueda regular la condición del inmueble hipotecado para garantizar la obligación contractual puede también ejercer determinada influencia sobre el contrato mismo sólo dentro de los límites en que la tutela de los intereses sociales motiva la autoridad de la ley territorial aun respecto del contrato regido por la ley extranjera para los efectos reales que de éste puedan derivarse.

1.196. Como consecuencia de tales principios, sostenemos que también respecto de la renta constituida ó de la renta simple garantida con hipoteca sobre una finca existente en Italia, debe aplicarse la disposición sancionada por el art. 1.783, concerniente á la redención á voluntad del deudor, á pesar de pacto en contrario (a). Esta disposición debe aplicarse, no porque nuestra ley haya de regular el contrato, sino porque como á ella es-

(a) Lo mismo dispone, respecto de los censos, el Código civil español, en su art. 1.608.

tán sujetos los inmuebles existentes en Italia, tiene autoridad respecto de éstos en aquello en que el legislador determina y dispone la manera cómo las cargas que afectan á los bienes existentes en el territorio italiano pueden redimirse.

1.197. Además de la renta territorial y de la renta simple, puede existir la renta temporal, que se denomina renta vitalicia, la cual puede constituirse á título oneroso mediante una suma de dinero ú otra cosa mueble, ó mediante un inmueble, limitando la duración de la obligación de pagarla al día de la muerte de una ó más personas. Esta renta puede constituirse también á título gratuito, mediante donación ó disposición testamentaria, en cuyo caso debe estar sujeta á las reglas concernientes á los actos de liberalidad y á las disposiciones testamentarias, y no debemos ocuparnos de ella en este lugar. Aquí vamos á examinar únicamente la renta vitalicia constituida mediante contrato.

Este contrato debe clasificarse entre los llamados aleatorios, porque la obligación de pagar las anualidades depende de la muerte de uno de aquellos sobre cuya vida se haya constituido la renta.

1.198. Las cuestiones que pueden surgir á propósito del contrato vitalicio en sus relaciones con el Derecho internacional privado, consisten principalmente en determinar la ley que debe regular su naturaleza y las condiciones exigidas para su validez.

Teniendo en cuenta el principio de que la capacidad de las partes para concluir este contrato debe determinarse conforme á las reglas que se refieren á la capacidad de las personas para obligarse, debe admitirse que, para todo aquello que se refiera al contrato y á las condiciones exigidas para la validez del mismo, hay que someterse á la ley del lugar en que el contrato se haya perfeccionado.

Bajo este punto de vista debe entenderse que el contrato de renta vitalicia es un contrato unilateral, porque, en resumen, sólo aquel que constituye la renta se obliga á pagarla en fuerza de dicho contrato. Es verdad que esta obligación la asume el deudor de la renta mediante el percibo de una suma de dinero

ó de una cosa mueble ó inmueble, pero esto hace también que la constitución de dicha renta deba considerarse hecha á título oneroso, pero sin que por ello varíe la naturaleza del contrato.

La transmisión viene á hacerse á *predio perdido*, en el sentido de que la cosa pasa irrevocablemente al dominio del deudor de la renta, el cual puede continuar reteniendo siempre aquella como propia, mientras aquél á favor del cual la renta se ha constituido, sólo tiene un derecho de crédito contra el que debe pagarla, de donde se deduce claramente que, siendo sólo uno el obligado, el contrato es unilateral. La circunstancia, pues, de que la renta se constituya ordinariamente sobre la vida de aquél en beneficio del cual se hace el contrato y rara vez sobre la vida de un tercero, influye para atribuir á dicho contrato la naturaleza de aleatorio, esto es, subordinado al azar de la vida ó de la muerte, lo cual sólo sirve para determinar cuándo subsiste la obligación de suministrar la renta anual ó cuándo debe considerarse extinguida.

La circunstancia de que el inmueble pueda darse para constituir la renta, puede tener cierta importancia para determinar los efectos del contrato vitalicio y la autoridad que pueda tener respecto al mismo la *lex rei sitae* según los casos. Si la renta vitalicia se constituyese mediante la cesión del inmueble de modo que la prestación de aquella pueda considerarse como una carga inherente al mismo, y la vida de la persona como una circunstancia para determinar el fin de la prestación, en tal caso la constitución de la renta asumirá el carácter de renta territorial, y deberán aplicarse los principios antes expuestos para determinar la autoridad de la *lex rei sitae*. La misma ley deberá ejercer su autoridad en el caso de que la prestación de la renta se haya garantizado, en fuerza del contrato mismo, mediante hipoteca sobre el inmueble transmitido. En este caso, habrá también que atenerse á lo que la *lex rei sitae* disponga, siempre que se trate de evaluar lo que pueda exigirse para reputar eficaz la garantía real.

1.199. Volviendo ahora á investigar cuál es la ley que debe regir el contrato vitalicio considerado en sí mismo, entendemos que todo ha de depender de la ley del domicilio del obli-

gado, porque constituye la residencia jurídica de la persona para todo lo concerniente á las obligaciones personales asumidas por aquélla y á su validez. Tratándose del contrato unilateral ó de la obligación relativa á un objeto que se halle en el campo de la autonomía de las partes, siempre que éstas no hayan declarado expresamente querer referirse á una ley determinada, deberá reputarse, con arreglo á los principios generales, que el contrato habrá de regularse también por la ley del domicilio del obligado.

Por lo demás, nos referimos á la ley del domicilio del obligado en el momento en que se estipule el contrato. Perfeccionadas las relaciones contractuales, no podrán sufrir modificaciones á consecuencia del cambio sucesivo de domicilio por la parte obligada. Esta circunstancia sólo podrá ejercer influencia sobre los actos de procedimiento y sobre lo concerniente al modo de hacer el pago, y esto por virtud del principio general que establece que el *modus solutionis* debe regirse por la ley del lugar en que se halle la persona en el momento en que deba hacerse la prestación, en el supuesto de que en el contrato no se haya estipulado expresamente otra cosa.

1.200. También en lo que se refiere á la forma del contrato entendemos que, aun cuando deba considerarse sometido á la regla *locus regit actum*, sin embargo, si según la ley del domicilio del obligado se declarase indispensable una forma determinada para la eficacia jurídica del contrato, habrá que atenerse á cuanto dicha ley disponga.

Decimos esto, porque el estatuto de las formas de los actos puede regular la forma propiamente dicha, pero no comprende las formalidades que se reputan sustanciales para la válida manifestación del consentimiento. Por consiguiente, no podrá reputarse el contrato vitalicio judicialmente eficaz respecto del obligado ni dará lugar á una acción judicial contra él en el país de su domicilio, donde el acreedor de la renta puede proceder para obligarlo á que la pague, si exigiéndose una forma determinada de contrato según la ley del domicilio como condición esencial para la válida manifestación del consentimiento para obligarse, no se hubiese observado esta disposición. Por virtud de la regla

locus regit actum no puede darse vida al consentimiento que, no habiéndose prestado con las formalidades jurídicas exigidas como esenciales según la ley personal del obligado, deberá considerarse destituido de toda eficacia jurídica.

1.201. Sosteniendo por virtud de lo dicho que el contrato vitalicio debe considerarse perfeccionado en el domicilio del deudor de la renta, se sigue que todas las cuestiones que puedan surgir respecto del contrato mismo y de sus efectos entre las partes contratantes deberán resolverse refiriéndose á lo que dicha ley disponga. La cuestión, pues, de si el contrato en que se convino la renta puede considerarse afectado por las disposiciones que prohíben la usura, cuando la renta exceda de ciertos límites, ó puede considerarse como una liberalidad disfrazada cuando la cuantía de la renta vitalicia sea tan insignificante que dé al contrato el carácter de una donación, y las consecuencias que puedan derivarse en uno y otro caso respecto de la validez, la nulidad ó la rescisión del contrato vitalicio estipulado, todo debe someterse á las disposiciones de la ley del domicilio del obligado. Se aplicarán, pues, los arts. 1.789 y 1.792 á 1.795 á la renta vitalicia constituida por un extranjero domiciliado en Italia, y los correspondientes artículos del Código francés 1.968, 1.970 y 1.972 á 1.974 en el caso de que el obligado se halle domiciliado en Francia (a).

1.202. Deberá, además, decidirse con arreglo á la misma ley cuándo puede tener el derecho á pedir la resolución del contrato, y acerca de las garantías á que puede ser obligado el deudor de la renta y cómo debe éste pagarla; todo lo cual se deriva de la naturaleza misma del derecho. En efecto, el contrato vitalicio da vida á un verdadero derecho de crédito contra el deudor para obtener el pago de las anualidades debidas y vencidas, derecho que dura y subsiste hasta el día de la muerte de la persona sobre cuya vida se ha constituido la renta. Se trata, pues, del crédito de una suma de dinero debida durante el tiempo establecido en el contrato, y tal derecho es por su naturaleza una

(a) Análogas disposiciones contienen los arts. 1.802 á 1.804 del Código civil español.

cosa mueble que puede pedirse en el domicilio del deudor, y así como perfeccionado el contrato no subsiste más que este derecho y toda acción para la protección judicial del mismo debe ser regida por la ley del domicilio del deudor donde es exigible el crédito, así también es evidente lo que hemos dicho anteriormente, á saber, que conviene referirse á la ley del lugar del domicilio del obligado para decidir acerca de la naturaleza de la obligación por él contraída, acerca de la validez, nulidad y rescisión de los medios de ejecución, de las garantías legales y de cualquier otro efecto del contrato vitalicio entre las partes contratantes.

Sólo en el caso de que se haya establecido una garantía real sobre el inmueble existente en el extranjero deberá tenerse en cuenta la *lex rei sitae*, no sólo para determinar lo que pueda ocurrir para que sea eficaz la garantía real, sino también para fijar el derecho de terceros en la hipótesis de que sobrevenga la anulación ó rescisión de un contrato.

CAPITULO IX

Del depósito y del secuestro.

1.203. Del contrato de depósito y de sus especies.—**1.204.** Carácter de este contrato.—**1.205.** Ley que debe regirlo.—**1.206.** Capacidad de las personas.—**1.207.** Cuestión acerca de la naturaleza del contrato.—**1.208.** Cuestiones acerca de las cosas que pueden ser objeto de depósito.—**1.209.** Obligaciones del depositario.—**1.210.** Depósitos en los Bancos ó Cajas públicas.—**1.211.** Forma del contrato y prueba.—**1.212.** Acciones que se derivan de este contrato.—**1.213.** Del depósito necesario.—**1.214.** Del secuestro y de su ley reguladora.

1.203. Denomínase contrato de depósito á aquel por el cual uno da una cosa, para que se la guarde, á otro que acepta el encargo y se obliga á restituirla cuando le sea pedida. También se designa simplemente con la palabra «depósito», pero ésta se emplea algunas veces para denotar la cosa depositada.

Hay dos clases principales de depósito: el simple y el secuestro. El primero consiste en el hecho de aquel que voluntariamente da la cosa á otro para custodiarla y devolvérsela en especie, y puede tener lugar por parte de varias personas que tengan interés común, en cuyo caso representan éstas al depositante respecto del que asume la posición de depositario.

El secuestro es, por el contrario, el depósito de una cosa que está en litigio, y hace suponer intereses diversos y opuestos entre las personas que lo constituyen. Este puede ser convencional ó judicial, según que se pida por las partes ó se ordene por el Juez.

Nosotros vamos á tratar de ambas clases desde el punto de vista de la ley que debe regir el acto jurídico.

cosa mueble que puede pedirse en el domicilio del deudor, y así como perfeccionado el contrato no subsiste más que este derecho y toda acción para la protección judicial del mismo debe ser regida por la ley del domicilio del deudor donde es exigible el crédito, así también es evidente lo que hemos dicho anteriormente, á saber, que conviene referirse á la ley del lugar del domicilio del obligado para decidir acerca de la naturaleza de la obligación por él contraída, acerca de la validez, nulidad y rescisión de los medios de ejecución, de las garantías legales y de cualquier otro efecto del contrato vitalicio entre las partes contratantes.

Sólo en el caso de que se haya establecido una garantía real sobre el inmueble existente en el extranjero deberá tenerse en cuenta la *lex rei sitae*, no sólo para determinar lo que pueda ocurrir para que sea eficaz la garantía real, sino también para fijar el derecho de terceros en la hipótesis de que sobrevenga la anulación ó rescisión de un contrato.

CAPÍTULO IX

Del depósito y del secuestro.

1.203. Del contrato de depósito y de sus especies.—**1.204.** Carácter de este contrato.—**1.205.** Ley que debe regirlo.—**1.206.** Capacidad de las personas.—**1.207.** Cuestión acerca de la naturaleza del contrato.—**1.208.** Cuestiones acerca de las cosas que pueden ser objeto de depósito.—**1.209.** Obligaciones del depositario.—**1.210.** Depósitos en los Bancos ó Cajas públicas.—**1.211.** Forma del contrato y prueba.—**1.212.** Acciones que se derivan de este contrato.—**1.213.** Del depósito necesario.—**1.214.** Del secuestro y de su ley reguladora.

1.203. Denomínase contrato de depósito á aquel por el cual uno da una cosa, para que se la guarde, á otro que acepta el encargo y se obliga á restituirla cuando le sea pedida. También se designa simplemente con la palabra «depósito», pero ésta se emplea algunas veces para denotar la cosa depositada.

Hay dos clases principales de depósito: el simple y el secuestro. El primero consiste en el hecho de aquel que voluntariamente da la cosa á otro para custodiarla y devolvérsela en especie, y puede tener lugar por parte de varias personas que tengan interés común, en cuyo caso representan éstas al depositante respecto del que asume la posición de depositario.

El secuestro es, por el contrario, el depósito de una cosa que está en litigio, y hace suponer intereses diversos y opuestos entre las personas que lo constituyen. Este puede ser convencional ó judicial, según que se pida por las partes ó se ordene por el Juez.

Nosotros vamos á tratar de ambas clases desde el punto de vista de la ley que debe regir el acto jurídico.

1.204. Bajo este aspecto debe tenerse en cuenta que el contrato de depósito es un contrato real, puesto que no puede perfeccionarse de otro modo que con la entrega de la cosa, hecha por el depositante al depositario. Conviene, pues, admitir que así como la relación contractual se forma y perfecciona en el lugar en que el depositario recibe la cosa cuya custodia se le confía, así también, debiendo estar dicho acto jurídico sometido á la ley bajo cuyo imperio viene á perfeccionarse, debe regirse sin duda por la ley del lugar en que el depositario recibe la cosa.

También puede suceder que la obligación de recibir en depósito una cosa que uno tenía el propósito de confiar á otro se asuma bajo el imperio de una ley distinta de la vigente en el lugar donde el depósito se verifique. Pero así como este asunto no constituiría el depósito propiamente dicho sino sólo una promesa hecha y aceptada de concluir el contrato, es claro que esta circunstancia no podría variar la aplicación de las reglas que venimos exponiendo. Convendría, por el contrario, aplicar á la promesa las reglas relativas á las obligaciones personales, y al depósito las relativas á los contratos reales, porque el contrato de depósito no se perfecciona en modo alguno con la promesa hecha y aceptada, siendo como es un contrato real, *qui re contrahitur*.

El legislador austriaco lo ha consignado expresamente en el artículo 951 del Código civil de aquel Imperio, al establecer que «la promesa aceptada de recibir para su custodia una cosa que pertenece á otro y que aún no se haya entregado, obliga al promitente, pero no constituye el contrato de depósito». Por lo demás, el principio se deriva de las reglas generales de las relaciones contractuales.

1.205. Establecido, pues, como indudable que el contrato de depósito se perfecciona con la entrega, y teniendo en cuenta que la obligación que de tal contrato se deriva y principalmente la del depositario que permanece obligado para con el depositante, es evidente que todo debe depender de la ley del lugar en que se realiza el depósito, esto es, en que se hace la entrega de la cosa. Deberá, por consiguiente, determinarse con

arreglo á dicha ley no solamente la naturaleza del acto jurídico, sino también todas las consecuencias que pueden derivarse de las relaciones contractuales, todo ello de conformidad con el principio jurídico *uniuscujusque contractus initium spectandum est et causa*.

1.206. Por lo demás, se comprende bien que para resolver toda cuestión acerca de la condición de las personas que pueden concluir el contrato de depósito, habrá que referirse al estatuto personal de cada una de ellas. De aquí que, si la persona que haya dado la cosa en depósito debiera reputarse incapaz de contratar según las prescripciones de la ley de su país (por ejemplo, si fuese una mujer casada y no pudiese válidamente ejecutar ese acto con arreglo á su ley personal sin la autorización de su marido), deberá aplicarse en este caso á dicho acto jurídico la ley del país en que se haya efectuado, teniendo en cuenta que el acto se ha ejecutado por una parte incapacitada para contratar.

Si la ley no dispusiese lo contrario, se estará en el caso de considerar el depósito como una *negotiorum gestio* respecto al marido no enterado, y deberá aplicarse la *lex loci contractus* para determinar respecto de aquel que aceptó el depósito hecho por la persona incapaz, las obligaciones *negotiorum gestorum*. Lo mismo deberá decirse si hubiera de reputarse incapaz al que hubiese aceptado el depósito, en cuyo caso debería aplicarse al asunto jurídico, no ya las reglas del depósito y las acciones que de él nacen, sino las concernientes al cuasi-contrato y la regla de equidad que no permite enriquecerse indebidamente, y menos con perjuicio ajeno.

Algunas leyes regulan expresamente estos casos especiales, como sucede con las francesas en los arts. 1.925 y 1.926 del Código civil, y las italianas arts. 1.841 y 1.842 del mismo Código, y es natural que haya que atenderse á la ley del lugar en donde se haya hecho el depósito para determinar la naturaleza del acto jurídico y las obligaciones y acciones que de él se derivan en el caso de que una de las partes sea incapaz (a).

(a) El Código civil italiano, en el párrafo primero del art. 1.841

1.207. Suponiendo que las personas entre las cuales se haya hecho el contrato de depósito sean capaces para contratar y que aquél se haya perfeccionado con la entrega de la cosa, repetimos que todo debe depender de la ley del país en que dicho acto quedó ultimado.

Deberá, pues, determinarse con arreglo á dicha ley la naturaleza del contrato, esto es, si éste debe considerarse como un contrato de depósito propiamente dicho ó de otra clase. Suponiendo, por ejemplo, que, según la ley, fuese una condición esencial para el depósito el excluir toda remuneración por la custodia de la cosa, de modo que la retribución otorgada al depositario pueda considerarse eficaz para transformar el contrato de depósito en un arrendamiento de servicios, habría que atenerse á lo que la ley dispone para determinar la naturaleza del acto jurídico. No podría aducirse para sostener lo contrario, que tratándose de cosa mueble, debía aplicarse la ley del propietario de la misma, porque no es la condición de la cosa la que determina la autoridad de la ley, sino el acto jurídico efectuado bajo el imperio de la misma.

El legislador italiano mantiene la naturaleza del depósito aun cuando se haya estipulado una remuneración para el depositario, sin hacer más que agravar su responsabilidad (art. 1.844) (a).

Otras leyes admiten que el depositario puede ser retribuido, pero con la reserva de que la retribución sea módica. En todo caso, conviene siempre referirse á la ley del lugar en que la cosa se haya dado en depósito, para decidir si se trata de éste ó de un arrendamiento de servicios, á fin de determinar las obligaciones que de él se derivan.

citado en el texto, dice que el depósito sólo podrá tener efecto entre personas capaces para contratar, y sin embargo, en el párrafo segundo de dicho artículo y en el art. 1.842 reglamenta los efectos del depósito hecho interviniendo alguna persona incapaz.

El legislador español ha sido más previsora en esta materia, suprimiendo el párrafo primero del art. 1.841 del Código civil italiano al transcribir esos preceptos al nuestro en los arts. 1.764 y 1.765, concordantes con los anteriormente citados.

(a) Este artículo no tiene concordante concreto en el Código civil español.

1.208. De conformidad con la mencionada ley deberá decidirse todo lo referente á las cosas que pueden ser objeto del depósito.

Con arreglo al Código civil austriaco, pueden depositarse tanto las cosas muebles como las inmuebles; nuestro legislador, por el contrario, sólo admite el depósito de las primeras. Un austriaco, pues, que sea propietario de un inmueble existente en Italia y lo hubiese dado en depósito á cualquiera refiriéndose á la ley de su país, no podría entablar aquí la *actio depositi*, porque según la ley italiana, bajo cuyo imperio se ha constituido el acto jurídico, tendría éste el carácter de mandato ó de arrendamiento de servicios más bien que el de depósito.

1.209. Las obligaciones que el depositario contrae respecto del depositante son principalmente dos, reconocidas como tales por todas las leyes, esto es, la de guardar fielmente la cosa confiada á su custodia, y la de restituirla al depositante cuando éste la pida. Respecto de la responsabilidad del depositario, existen algunas diferencias, y convendrá atenerse siempre á lo que la ley disponga.

El legislador italiano, por ejemplo, que impone al que haya asumido una obligación el deber de cumplirla con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.224), no comprende en esta regla el depósito, y en el art. 1.843 dispone que el depositario deberá emplear en la custodia de la cosa depositada la misma diligencia que en las suyas propias (a).

No hay duda que esta disposición debe aplicarse en el caso de depósito hecho en Italia, salvo que se haya pactado expresamente lo contrario.

1.210. En lo concerniente á los depósitos hechos en los Bancos ó Cajas públicas, deberán aplicarse las mismas reglas.

(a) Los dos artículos citados en este párrafo tratan de la misma materia; pero el primero establece un precepto aplicable á todas las obligaciones, y el segundo la aplica á los depósitos, ó sea á las obligaciones del depositario, si bien con menos rigor que en las demás obligaciones en general, según se indica en el texto.

De ambos artículos sólo el primero tiene concordante en el Código civil español, á saber, el párrafo segundo del art. 1.104.

Conviene además tener presentes los estatutos y reglamentos para determinar la naturaleza del acto jurídico. Podría suceder, en efecto, que, según el reglamento, la administración del Banco ó de los Depósitos públicos estuviese autorizada para disponer libremente de la cosa depositada, y que estuviese obligada á restituirla en igual cantidad ó en especie. Supuesto este estado de cosas, el acto jurídico no tendría el carácter de depósito propiamente dicho, sino el de depósito impropio ó irregular. Si dicha Caja pública de depósitos ó el Banco se convirtiesen en propietarios de la suma en el sentido de poder disponer de ella con la obligación de restituirla en igual cantidad, seguiríase de aquí que no debían de aplicarse al acto jurídico las reglas del depósito, sino las del mutuo ó comodato, pudiendo suceder que la administración no pudiera eximirse de cualquier responsabilidad en caso de accidente producido por fuerza mayor, como podría suceder si se tratase de un depósito. Conviene fijar bien la atención en todo esto para determinar la naturaleza del acto jurídico y la ley que debe regularlo.

1.211. En lo que respecta á la forma de este contrato, debe establecerse que, en general, habrá de estar sujeto á la regla *locus regit actum*, advirtiéndose, sin embargo, que así como el contrato debe entenderse perfeccionado en el lugar en que se realiza el depósito, así también habrá que referirse á la ley allí vigente aun para resolver las cuestiones relativas á la forma del contrato. Por consecuencia, si se tratase de un depósito hecho en Francia debería reputarse indispensable el documento escrito para probarlo, excluyendo la prueba testifical si se tratase de depósitos de valor superior á 150 francos. Si, por el contrario, el depósito se hubiese hecho en Italia, podría practicarse la prueba por medio de testigos siempre que el objeto depositado no excediese del valor de 500 liras, pues el legislador italiano sanciona esta regla en el artículo 1.341 (a), en el que se reconoce eficaz la

(a) Las disposiciones del Código civil español relativas á la prueba testifical, que es á la que se refiere el artículo que se cita en el texto, difieren bastante de las que exige el Código italiano. Niega éste valor á la prueba testifical no sólo en el contrato de depósito,

prueba testifical para los depósitos voluntarios que no excedan de dicha suma.

1.212. Los principios establecidos por nosotros deben resolver todas las cuestiones que puedan surgir á propósito de la *actio depositi vel contra*, así como también para decidir si la acción de depósito puede extinguirse por la prescripción. Bajo este respecto conviene advertir que, como el depositario posee en nombre de otro, no podrá rechazar la acción personal con la prescripción por virtud del principio general de que no puede prescribir para sí propio el que no posee en nombre de otro, y lo mismo debe decirse de su sucesor á título universal. Si el depositante quisiera ejercitar la acción real contra el que posee la cosa depositada, habría de atenerse á lo que disponga la *lex rei sitae* respecto de este punto, lo cual sucedería también si el de-

sino en todos aquellos en que exceda el valor de la cosa de 500 liras (pesetas), cualquiera que sea su clase.

El Código español, por el contrario, en su art. 1.244 establece que la prueba de testigos será admisible en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida. Ninguno de esos casos se refiere á que sea mayor ó menor la cantidad objeto del litigio ó del contrato, si bien para muchos de éstos se exige el documento escrito si han de hacer fe, por ejemplo, contra terceros.

Entre las limitaciones que la ley española establece para poder utilizar la prueba de testigos, podemos citar el art. 637 de la Ley de Procedimiento civil, que prohíbe testificar contra los hechos probados por confesión judicial. Según el párrafo segundo del art. 1.579 de la mencionada ley, tampoco es admisible la prueba testifical cuando se trate de demanda de desahucio y se funde en la falta de pago del precio estipulado en el contrato de alquiler ó arrendamiento. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo dice que esto debe entenderse cuando exista un contrato reconocido por ambas partes; pero que si la cuestión versa sobre el contrato mismo que no consta por escrito, deben admitirse *todas las pruebas pertinentes* sobre su nulidad, extensión, etc. (Sent. 22 Enero 1896).

En cambio, nuestro Código no otorga á este medio otra fuerza probatoria que la que le atribuyan los Jueces y Tribunales conforme á las reglas de sana crítica, que dichos Tribunales no tendrán obligación de expresar, según sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 1896.

positario hubiese poseído la cosa depositada variando el título de su posesión.

1.213. El depósito necesario debe regirse por las mismas reglas que hemos establecido para el voluntario, en el sentido de que, no pudiendo considerarse sino como un acto jurídico realizado en un lugar, á consecuencia de las circunstancias que lo han motivado, debe permanecer sometido á la ley allí vigente bajo todos aspectos. Lo mismo debe decirse respecto de los medios de prueba de la responsabilidad en caso de hurto, de daño y de las obligaciones que los hosteleros y posaderos asumen como depositarios de los efectos que lleven consigo los huéspedes y viajeros que allí se alojen. Los extranjeros deben someterse, naturalmente, á lo que dispone la ley del lugar en que se haya verificado el depósito de sus efectos, y no podría prosperar la pretensión de que, tratándose de cosas muebles, debiera regularse su derecho por la ley de su patria como propietario de dichos efectos. La autoridad de la ley sobre el acto jurídico realizado en el territorio sometido á su imperio no puede nunca impugnarse.

1.214. El secuestro, ya se verifique por las partes mismas que tengan interés distinto respecto de la cosa controvertida y convengan en depositarla para entregarla después á aquel en cuyo favor se declaró el derecho, ya se decrete por la autoridad judicial, debe regirse por la ley del lugar en que ese acto se verifique, sin que creamos necesario entrar en más detalles. Todas las cuestiones que puedan surgir á propósito del secuestro convencional ó judicial deberán resolverse de conformidad con la ley del lugar en que el depósito se haya efectuado ó con la de aquél en que se siga el juicio, considerando esta medida entre las que forman parte de la *ordinatio litis*.

Por lo demás, es de todo punto evidente que, si según la ley del lugar en que se ventile el pleito, se permitiese al Juez ordenar el secuestro judicial de un inmueble, tal providencia no podría ser eficaz si el inmueble se hallase en un país extranjero, y habría que atenerse, por el contrario, á cuanto dispusiera la *lex rei sitae* á este respecto. Trataríase, en efecto, de un acto de ejecución, y no es lícito al Magistrado de un país ordenar, por

virtud de principios generales, acto alguno de ejecución que haya de efectuarse en país extranjero.

Cuando, según la *lex rei sitae* no se niegue, por regla general, la ejecución de los actos y sentencias de las autoridades extranjeras, convendrá siempre atenerse á las reglas sancionadas por el legislador para dar fuerza ejecutiva á las sentencias mencionadas cuando se trate de ejecutar un acto de secuestro dictado por la autoridad judicial extranjera. Tratándose de un acto ejecutivo conviene atenerse al principio general que establece que las sentencias, los autos y cualesquiera otras resoluciones ó providencias del Magistrado extranjero, aunque sean dictadas en materia civil, sólo pueden ejecutarse observando las formalidades procesales sancionadas por la ley de cada país, y esto en los casos en que por virtud de dichas formalidades se declaren aquellas ejecutivas por el Juez territorial.

CAPITULO X

Del contrato de prenda.

1.215. Del contrato de prenda y de sus requisitos esenciales.—1.216. Principal derecho que se deriva de la prenda.—1.217. De la ley que debe regular las relaciones entre las partes contratantes.—1.218. Si tratándose de cosas muebles puede regularse la prenda por la ley personal del propietario.—1.219. Cuestiones en el caso de que la cosa pignorada sea transportada á otro país.—1.220. Ley que debe regir la acción pignoratícia y la eficacia del privilegio en relación con las partes contratantes y los terceros.—1.221. Principios para decidir acerca de la eficacia del contrato de prenda.—1.222. Cómo estos principios deben aplicarse en el caso de prenda de una cosa mueble incorporal.—1.223. Crédito dado en prenda garantido con hipoteca.—1.224. Ley que debe regir las obligaciones del acreedor pignoraticio.—1.225. Idem los derechos correspondientes al deudor de obtener la restitución de la cosa pignorada.—1.226. El derecho de retención á favor del acreedor.—1.227. De la eficacia del pacto comisorio entre el deudor y el acreedor.—1.228. Se examina el caso en que en la cuestión haya terceros interesados.—1.229. Debe ser absoluta la autoridad de la ley territorial cuando haya tercero.—1.230. De la subpignoración.—1.231. Cuestiones que pueden surgir en la hipótesis de que la cosa dada en prenda pase á poder de un tercero, se pierda ó se robe.

1.215. El contrato de prenda es la convención por la que el deudor ó un tercero da al acreedor una cosa mueble para seguridad del crédito, y le confiere el derecho de hacerse pagado con la cosa si en el término establecido no se le pagase la deuda, asumiendo el acreedor á su vez la obligación de restituir la cosa pignorada una vez extinguida la deuda (1).

(1) Hemos definido el contrato considerando la prenda en sentido estricto. En su sentido más amplio, pudiendo asegurarse el pago

Siendo requisito esencial para la perfección del contrato que el deudor ó un tercero dé al acreedor una cosa mueble para asegurar el pago de la deuda, sólo quedará perfeccionado este contrato cuando la cosa se haya entregado efectivamente y pasado á poder del acreedor. El contrato de prenda debe, pues, considerarse como uno de los contratos reales en el sentido de que aquél, á semejanza del contrato de mutuo, de comodato ó de depósito, no se perfecciona hasta que se entrega la cosa que constituye el objeto del mismo. Por consiguiente, si el deudor se hubiese obligado á constituir la prenda, pero no la hubiese

mediante una cosa mueble ó inmueble, podría, en general, denotar la prenda la cosa que el deudor da al acreedor para asegurar su crédito. Debe, sin embargo, advertirse que, cuando se da en prenda una cosa inmueble, el derecho que adquiere el acreedor se llama hipoteca. El legislador austriaco establece, como regla general, en el art. 448 del Código civil, que se puede dar en prenda cualquier cosa con tal que esté en el comercio; pero añade que «si la cosa es mueble se llama prenda en el sentido estricto, y si es inmueble se denomina hipoteca».

Según el Código civil francés, tiene también un significado más extenso bajo el título de *nantissement*, y comprende la prenda propiamente dicha, *gage*, y la anticresis. Según el sistema del Código italiano, se hallan en títulos distintos la prenda, la anticresis y la hipoteca, habiéndonos parecido á nosotros más exacta esta distinción, porque los tres asuntos jurídicos son muy distintos por su naturaleza, por sus efectos y por las relaciones que de ellos se derivan especialmente entre las partes contratantes, y entre éstas y los terceros (a).

Así lo entendió también la escuela de los proculeyanos, según se desprende de la ley 238, § 2.º del Digesto, *De verborum significatione: Pignus, appellatum à pegno: quia res, quae pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.*

(a) El Código civil español en su artículo 1.864, consigna la misma doctrina que el italiano, estableciendo que pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión.

Nuestro Código trata en capítulos separados la materia pignoratícia como el italiano en tres títulos distintos; pero nuestro legislador da más importancia á la analogía que existe entre dichos contratos, no sólo porque los incluye en un mismo título, sino también porque dedica el primer capítulo de éste á consignar las disposiciones que son comunes á la prenda, á la anticresis y á la hipoteca.

entregado efectivamente, dicho acto jurídico llevaría también consigo relaciones contractuales, pero no las que pueden derivarse del contrato de prenda propiamente dicho, sino las que se contraen por cualquier convención entre dos personas mediante consentimiento recíproco, que es siempre causa civil para obligarse, siempre que existan los requisitos esenciales á toda obligación convencional.

Cuando el deudor haya asumido únicamente la obligación de constituir la prenda, pero no se ha efectuado la entrega de la cosa, este acto jurídico deberá regirse por los principios concernientes á las relaciones contractuales innominadas, y habrá que referirse á la *lex loci contractus* para decidir cualquier cuestión relativa á los derechos correspondientes al acreedor para obligar al deudor á perfeccionar el contrato de prenda y á hacer efectivas las obligaciones correspondientes al deudor de cumplir el compromiso adquirido.

Aquí vamos á ocuparnos del contrato de prenda propiamente dicho, tal como en un principio lo hemos definido.

1.216. El derecho principal que se deriva del contrato es el de prenda, que es el adquirido por el acreedor de conservar la posesión de la cosa que se le ha dado en prenda para hacerse pago, en su caso, del crédito que le corresponde contra el propietario de la misma y contra el derecho que los terceros hayan adquirido.

Este derecho de prenda modifica notablemente el del propietario de la cosa, puesto que, aun cuando la propiedad de la pignorada subsista siempre, debiendo el acreedor á quien se haya entregado restituirla al extinguirse la deuda (por lo que bajo este aspecto se convierte aquél en una especie de poseedor precario), sin embargo, como por virtud del contrato el acreedor adquiere el derecho de retener la cosa pignorada hasta la extinción de la deuda, en lo que se refiere al derecho adquirido se convierte en poseedor *pro suo* y ejerce un derecho real y efectivo sobre la cosa de otro.

1.217. Ya en otro lugar hemos considerado la prenda bajo este punto de vista y hemos discurrido sobre todo aquello que se refiere á los derechos que limitan los de propiedad, tales

como los de servidumbre, enfiteusis, superficie, hipoteca, prenda y anticresis.

Al tratar aquí de la prenda y de los derechos que de ella se derivan, no podemos por menos de ocuparnos también de los modos cómo puede constituirse, y del contrato, que es el medio más ordinario. Hemos expuesto los principios relativos á la ley reguladora del contrato, á los derechos y á las obligaciones que pueden derivarse del mismo entre las partes que hayan constituido la prenda y los terceros que puedan tener interés directo sobre la cosa pignorada. No podíamos dejar de tratar esta materia, porque así como toda la eficacia de los derechos correspondientes al acreedor pignoraticio y frente al deudor y á los terceros debe depender principalmente de la constitución legal y regular de la prenda, así también debemos tratar del contrato que, como ya hemos indicado, es el medio ordinario de constituirlo. Conviene, pues, tener presente lo antes expuesto relativamente á la ley que debe regular la convención de las partes mediante la cual se constituye la prenda, sin que necesitemos en este punto repetir lo que hemos dicho anteriormente (1).

Sólo debemos recordar lo que ya en otro lugar hemos dicho, á saber: que el contrato de prenda, teniendo en cuenta su forma, su contenido y su eficacia, debe tratarse distinguiendo bien las relaciones que de él se derivan entre el acreedor y el deudor que hayan celebrado dicho contrato, y las que median entre el acreedor pignoraticio y los demás acreedores.

El contrato de prenda entre el deudor y el acreedor debe quedar sometido á los principios generales que regulan las convenciones pactadas bajo el imperio de una ley determinada, y decidir, de conformidad con los mismos principios, toda cuestión relativa á su validez, ya respecto de la forma, ya de la obligación contractual, ya de la legalidad del contrato mismo.

Convendrá, pues, aplicar á éste la regla *locus regit actum* para decidir si debe reputarse necesaria la forma escrita para la constitución de la prenda; si es indispensable el documento

(1) Véase el capítulo *De la prenda y de la anticresis* en el tomo III, páginas 319 y siguientes.

público ó si basta el documento privado; si éste debe registrarse para establecer la fecha cierta del acto; si la convención puede probarse por otros medios de prueba en caso de que falte el documento escrito, etc., etc. Por consiguiente, si se tratase, por ejemplo, de un contrato de prenda celebrado en Francia con arreglo al art. 2.074 del Código civil, no sólo se necesitaría el documento escrito, sino que se exigiría que se registrase, siempre que el valor de la convención excediese de 150 francos. Si, por el contrario, se celebrase el contrato en Italia, con arreglo al art. 1.880 del Código civil (a), no sólo no sería necesario que se registrase el documento privado, sino que podría tener lugar la prueba del contrato por los diversos medios establecidos para la de las obligaciones y á su extinción con arreglo al capítulo V del título IV del Libro tercero del Código civil, si se tratase de prenda civil, y al art. 44 del Código de comercio para los asuntos comerciales, de los cuales no debemos ocuparnos en este lugar.

1.218. No puede invocarse el conocido principio de que las cosas muebles se consideran por una ficción jurídica en el domicilio del propietario, *mobilia ossibus personae inherent*, para deducir de ello que la constitución de una prenda de cosa mueble debe estar sometida á la ley personal del propietario en lo concerniente á la forma indispensable para la validez del contrato.

Por el contrario, rige siempre el principio á que nos hemos referido muchas veces, esto es, el de que á las cosas muebles localizadas debe aplicarse la regla *locus regit actum*, cuando se trate de decidir acerca de los derechos que sobre ellos pueden adquirirse por virtud de contrato. Por consiguiente, si un español, por ejemplo, quisiera dar en prenda las cosas muebles que le pertenecen y celebrase el contrato en Italia, no podría impugnar la validez de la prenda constituida, aduciendo que en el artículo 1.865 del Código civil español se dispone que la pren-

(a) Este artículo no tiene concordante concreto en el Código civil español. Pero, como indica el autor después, según lo preceptuado en él (art. 1.865) la prenda no surte efecto contra tercero, si no consta por documento público la certeza de la fecha.

da no puede tener efecto contra terceros si no se consigna su fecha en escritura pública. No podría, en efecto, sostenerse la autoridad de la ley nacional del propietario de la cosa mueble para desconocer la fuerza del contrato legalmente concluído en Italia de conformidad con la *lex loci contractus*. También se aplicará á los muebles que se hallen en un país la regla *locus regit actum*, siempre que se trate de decidir acerca de la validez del contrato respecto de la forma, y no podría invocarse con éxito la ley nacional del propietario para impugnar la convención válidamente estipulada según la *lex loci contractus*.

1.219. Si la cosa pignorada se la hubiese transportado á otro país y los demás acreedores alegasen derechos sobre la misma, en tales circunstancias, en lo que concierne á la legalidad y eficacia del contrato en las relaciones que del mismo pueden derivarse entre el acreedor pignoraticio y los demás, no bastaría que la prenda se hubiese constituido legalmente según la *lex loci contractus*, sino que sería indispensable para el ejercicio de los derechos y la validez del privilegio propio de la prenda, que se hubiesen llenado los requisitos exigidos por la *lex rei sitae* para la constitución de la prenda, para los efectos del privilegio frente á los demás acreedores. Decimos esto, porque en virtud de los principios generales relativos á los privilegios, que hemos expuesto anteriormente (1) y de aquellos que conciernen á la eficacia de todo derecho real, posesión y retención (2), es soberana la autoridad de la ley territorial, y sólo con arreglo á ella debe decidirse cuáles son las condiciones formales y esenciales necesarias para admitir, en caso de concurso de acreedores, por ejemplo, el derecho de prelación ó el de retención á favor de uno de aquellos.

1.220. Teniendo presentes las reglas expuestas, se sigue que, aun cuando el contrato deba reputarse válido por la forma y la sustancia según la ley del lugar en que se haya celebrado, y eficaz como tal en las relaciones entre el deudor y el acreedor que lo estipularen, no debería considerarse igualmente eficaz en las relaciones entre el que lo sea pignoraticio y los demás acree-

(1) Véase el tomo III, §§ 932 y siguientes.

(2) Véanse los §§ 773 y siguientes.

dores, si no existían los requisitos exigidos por la *lex rei sitae* para admitir la acción pignoratícia y el privilegio que la prenda produce, en el caso de que llegara á efectuarse el concurso de acreedores y de que aquél á cuyo favor se hubiese constituido la prenda entendiéndose que podía ejercitar los derechos que le correspondiesen según la *lex loci contractus*.

Teniendo presente la distinción que hemos hecho, dedúcese de ella que, en el caso de haberse constituido prenda en Italia por valor inferior á 500 liras, podría admitirse la prueba del contrato por todos los medios permitidos por el Código civil italiano aunque el litigio se ventilase ante los Tribunales franceses, con tal que la contienda fuese entre el deudor y el acreedor pignoraticio, y que no hubiese otros acreedores interesados. La razón es porque el contrato de prenda, en las relaciones de las partes que lo estipularon, debe considerarse sometido á los principios generales que regulan las relaciones contractuales nacidas bajo el imperio de la ley extranjera. Por esto, así como con arreglo á aquéllas se aplica igualmente la regla *locus regit actum* á la prueba del contrato, así también debe admitirse que en las relaciones de las partes que estipularon el de prenda en Italia puede probarse el *id quod actum est* por todos los medios establecidos en el Código civil italiano. Y estando conforme con cuanto dispone nuestro legislador el probar la constitución de la prenda por todos los medios independientes de la escritura, siempre que se trate de valor inferior al de 500 liras, este principio no puede impugnarse en el caso de que el litigio penda ante los Tribunales franceses.

Suponiendo, por el contrario, que el acreedor pignoraticio quisiese fundar en la regla *locus regit actum*, respecto de los demás acreedores en Francia, el derecho á ejercitar la acción pignoratícia y el privilegio propio de la prenda, sería inadmisiblesu pretensión, porque, con arreglo al art. 274 del Código civil francés, el privilegio que se deriva de la prenda no puede tener lugar cuando se trate de un valor que exceda de 150 francos, si el documento no se ha registrado. Sería inútil que el acreedor pignoraticio invocase la autoridad de la ley italiana y la regla *locus regit actum* frente á los demás acreedores en con-

curso, porque esto sería siempre contrario al principio incontrovertible de que el privilegio y los derechos de cada cual, en el caso de un concurso de acreedores deberán regirse por la ley del lugar bajo el imperio de la cual se efectúe el concurso y se pretenda obtener el pago con prelación; y que ningún favor puede atribuirse ni reconocerse tampoco prelación alguna, sino bajo las condiciones taxativamente establecidas por la ley territorial.

Finalmente, suponiendo que el contrato de prenda se haya concluído bajo el imperio de la ley francesa, que se trate de valor superior á 150 francos, y que el acto no se hubiese consignado por escritura, si surgiese el litigio ante los Tribunales italianos, no podría admitirse la prueba del contrato por otros medios que los permitidos por el Código civil italiano respecto de la prenda civil. Ya se trate de una cuestión referente á las relaciones entre el acreedor y el deudor, ya surja el litigio entre el acreedor pignoraticio y los demás acreedores, no podrá aplicarse lo que dispone la ley italiana (que sería en este caso la *lex fori*), para decidir acerca de la legalidad y validez del contrato estipulado en Francia. Decimos esto, fundados en el principio general *uniuscujusque contractus initium spectandum est et causam*.

Sólo en un caso podría admitirse la regla contraria, á saber: en el de un contrato de prenda celebrado en Francia por dos italianos allí residentes. Podría, en efecto, sostenerse que aun cuando hayan contratado en Francia, se han referido á la ley de su patria, y que según ésta deberá decidirse toda cuestión relativa á la legalidad y validez del contrato de prenda por ellos celebrado.

1.221. Dedúcese de los principios expuestos que el contrato mediante el cual se constituye la prenda sólo puede considerarse legal y eficaz cuando se aplican al mismo los principios generales concernientes á las convenciones hechas bajo el imperio de la ley extranjera, y que cuando se trata de apreciar la legalidad, validez y eficacia de un contrato en cualquier cuestión que surja entre el acreedor pignoraticio y los demás acreedores en el lugar en que en el momento se halle la cosa pignorada, es necesario que existan todos los requisitos con

arreglo á la *lex rei sitae*, para poder considerar la prenda como válidamente constituida.

1.222. Los mismos principios deben aplicarse en el caso en que el contrato de prenda se refiera á una cosa mueble corporal. También deberá tenerse en cuenta, en el caso de pignoración de un crédito, la distinción que hemos hecho anteriormente; y así habrá también que decidir la cuestión relativa á la necesidad de la notificación del acto para la validez del contrato y para ejercer el privilegio. En este caso convendrá tener presentes los principios antes expuestos respecto de la ley que debe regular la concesión de créditos (1). Por consiguiente, la cuestión de si, al pignorarse un crédito, es esencial para la validez del contrato la notificación del acto al deudor, si puede ser suplida y cómo, debe resolverse con arreglo á la *lex loci contractus* siempre que la contienda respecto de la validez de la prenda se entable entre el deudor y el acreedor; y de conformidad con la *lex fori* si dicha cuestión surge entre el acreedor pignoraticio y los demás acreedores en caso de concurso de los mismos.

Con arreglo á los mismos principios deberá resolverse cualquier cuestión cuando se haya pignorado un crédito; por ejemplo, si la entrega del título representativo del crédito pignorado ó la del documento que lo demuestre debe ser efectiva para la perfección del contrato de prenda, ó si puede suplirse de otro modo; si puede pignorarse ó no el crédito sin título; si, debiendo considerarse la posesión de la cosa pignorada por parte del acreedor como requisito esencial para la perfección del contrato, puede ó no estimarse efectuada la posesión del crédito por parte del acreedor á quien el crédito se dió en prenda. Todas estas cuestiones y las demás que puedan surgir deberán resolverse con arreglo á la *lex loci contractus* siempre que se trate de decidir las en las relaciones entre el deudor y el acreedor pignoraticio y con arreglo á la ley bajo cuyo imperio se efectúe el concurso de los acreedores, ó de decidir las en relación con el acreedor pignoraticio que crea tener derecho de prenda sobre el crédito pignora-

(1) Véanse los §§ 1.094 y siguientes.

do, y los demás acreedores. La razón es la misma que ya hemos expuesto.

1.223. Podrá suceder que el crédito pignorado esté garantido con hipoteca. En tal caso habrá siempre que referirse á la *lex loci contractus* para todo lo concerniente á la validez y legalidad de la convención, y á la ley del lugar en que se halle la cosa hipotecada en garantía del crédito para decidir todo derecho que pueda corresponder al acreedor á quien se haya dado en prenda el crédito garantido con hipoteca, y también para resolver respecto de los demás actos que deba ejecutar el acreedor para hacer eficaz la garantía hipotecaria, y de todas las consecuencias que puedan derivarse de ésta en las relaciones entre aquél y los demás acreedores.

Según la ley italiana, el acreedor que haya obtenido en prenda un crédito garantido con hipoteca podrá, con arreglo al artículo 1.994 del Código civil, pedir que se ponga nota marginal ó al pie de la inscripción, de la prenda constituida en favor suyo. Esta anotación, sin embargo, sólo producirá el efecto de que la hipoteca inscrita no pueda concederse sin el consentimiento del acreedor pignoraticio, y de que las notificaciones é intimaciones que ocurran deberían hacerse en el domicilio elegido por el acreedor pignoraticio.

No es este el lugar oportuno para tratar del valor de tal anotación en el sistema hipotecario del Código civil italiano. Sólo debemos advertir que convendrá referirse á la *lex rei sitae* para resolver toda cuestión relativa á las anotaciones y á los efectos que éstas puedan producir, tanto respecto de los acreedores hipotecarios cuanto de los pignoraticios del mismo crédito. El principio de la *lex rei sitae* deberá siempre respetarse y será soberano para determinar todo derecho de preferencia en caso de concurso de acreedores.

1.224. Para lo concerniente á los deberes del acreedor pignoraticio conviene observar que así como su obligación de conservar la prenda y su responsabilidad civil respecto del propietario deben depender únicamente de la ley bajo cuyo imperio se celebró el contrato de prenda, es evidente que hay que referirse también á ella para resolver toda cuestión sobre esta mate-

ria. Lo mismo debe decirse, por ejemplo, de la obligación de anticipar los gastos que ocurran para la conservación de la prenda, salvo el derecho de reembolso; de la obligación de no usar ni abusar de la cosa pignorada, y del resarcimiento de todo daño en caso de culpa.

Según el art. 2.082 del Código civil francés, podrá el deudor pedir la restitución de la prenda en el caso de que el comprador abuse de la cosa pignorada, y deberá admitirse el abuso cuando el acreedor use de la cosa dada en prenda contra la voluntad expresa ó presunta del deudor. Por el contrario, según el Código italiano, si el acreedor abusa de la prenda no puede el deudor pedir la restitución de ésta, sino obtener que se ponga en depósito.

Respecto de los gastos que ocurran para la conservación de la prenda, dispone el legislador francés que el deudor está obligado á reembolsar al acreedor, no sólo los gastos necesarios para la conservación de la prenda, sino también de los útiles, en tanto que el legislador italiano limita la obligación del deudor á reembolsar al acreedor de toda clase de gastos, omitiendo la palabra *útiles*.

Dichas cuestiones deberán, pues, resolverse refiriéndose al Código civil francés ó italiano, según se trate de una convención estipulada en Francia ó en Italia, porque las relaciones contractuales y las obligaciones contraídas por las partes y sus correlativos derechos deben en este caso depender de la *lex loci contractus*.

Del mismo modo deberá resolverse la cuestión relativa á la culpa, al daño y á la responsabilidad en caso de pérdida ó deterioro de la prenda. Teniendo siempre en cuenta que el acreedor pignoraticio, salvo el derecho de prenda, es, respecto al propietario de la cosa, como el poseedor á nombre de otro, debe, por consiguiente, estar sometido siempre á las reglas generales que determinan los derechos del propietario respecto del poseedor precario.

1.225. El derecho correspondiente al deudor que haya pagado por completo su deuda garantida con prenda para que se le restituya la cosa pignorada y el que eventualmente pueda

corresponder al acreedor para retener la cosa y oponerse á la devolución de la prenda, deberán ser regidos por la *lex loci contractus*, porque se refieren á las relaciones contractuales y al contenido de las obligaciones recíprocas contraídas mediante el contrato. Esto se entiende sólo en el caso de que la cuestión surja entre el deudor y el acreedor y no haya terceros interesados.

Según ciertas leyes, entre ellas el Código francés, art. 2.082, y el italiano art. 1.868 (a), si el deudor que haya pignorado la cosa hubiese contraído otra deuda con el mismo acreedor posteriormente á la entrega de la prenda, y dicha deuda fuese exigible antes de realizar el pago de la primera, no podrá obligarse al acreedor á entregar la prenda hasta que se hayan satisfecho ambos créditos, aunque no se haya estipulado el vincular la prenda al pago de la segunda deuda. Por virtud de esta disposición se admite una extensión presunta de la garantía al segundo crédito, y como éste, en las relaciones entre las partes, debe caer bajo el imperio de la *lex loci contractus*, entendemos que, cuando la cuestión surja entre el deudor y el acreedor y se trate de decidir si teniendo en cuenta el contrato habrá ó no derecho á pedir y obtener la cosa pignorada, el Juez deberá decidirla refiriéndose á la *lex loci contractus*; pero si por el contrario, hubiese en la cuestión terceros interesados que hayan adquirido derechos sobre la cosa pignorada mediante la pignoración judicial ó en otra cualquier forma, entendemos que el acreedor no podrá hacer valer por la vía judicial su derecho al pago privilegiado de su crédito exigible antes de la restitución de la cosa pignorada, en relación con los terceros que hayan adquirido derechos sobre la cosa mediante una pignoración posterior.

1.226. Aun cuando según la *lex rei sitae* deba admitirse el derecho de prenda como eficaz respecto de los terceros, en lo que concierne al pago privilegiado de la deuda primitiva para que se constituyó la prenda, no podrá, por virtud de la *lex loci contractus*, extenderse el privilegio á la deuda contraída poste-

(a) Lo mismo establece el Código civil español en el párrafo segundo del artículo 1.866.

riormente, porque no puede admitirse respecto de la deuda posterior la prenda convencional propiamente dicha. El derecho de retener, en el caso mencionado, la cosa pignorada hasta el pago de la segunda deuda, no es la prenda propiamente dicha, sino una garantía tácita admitida por virtud de la equitativa presunción de la voluntad de los contratantes, y por esto es por lo que aquélla no puede tener efecto respecto de los terceros.

1.227. Del mismo modo deberá resolverse la cuestión relativa al derecho que pueda tener el acreedor pignoraticio para apropiarse la cosa pignorada, si en el día determinado no ha satisfecho el deudor su deuda. Las mismas leyes prohíben este pacto y lo declaran absolutamente nulo aun entre las partes que expresamente lo hubieren consentido. Así lo disponen el artículo 2.078 del Código francés y el 1.884 del italiano (a). El legislador austriaco ha provisto á ello en el art. 1.371 del Código de procedimiento civil.

Suponiendo que en Italia ó en Francia el propietario de la cosa mueble pignorada citase al acreedor pignoraticio para obligarlo á cobrar sobre el precio de la venta de la cosa pignorada, pidiendo á la autoridad judicial que ordene la venta, y suponiendo también que el acreedor opusiese al haberse convertido en propietario de la cosa pignorada por virtud del pacto comisorio consentido válidamente con arreglo á la ley del contrato, en este caso entendemos que, limitada la cuestión á las relaciones entre el deudor y el acreedor sin que haya terceros interesados, no podría invocarse con éxito lo dispuesto en el art. 1.884 del Código civil italiano, análogo al 2.078 del francés, para declarar nulo el pacto (que suponemos no prohibido por la *lex loci contractus*), y para ordenar judicialmente que la prenda se venda en pública subasta, reservando al acreedor la parte del precio correspondiente á su crédito. Sostenemos esta opinión, porque el pacto comisorio anejo á la prenda ha podido ser prohibido

(a) El Código español no contiene precepto alguno concreto que concuerde con los citados en el texto; y únicamente consigna en su artículo 1.872 los requisitos previos para que el acreedor pignoraticio pueda apropiarse la prenda, esto es, que se hayan efectuado dos subastas ante Notario, sin resultado alguno.

en el sistema del Código italiano y en el del francés, que no admite el principio de la libertad del interés, pero no puede sostenerse que el derecho social y los principios de orden público pareciesen ofensa alguna, si únicamente se reconociese en las relaciones entre las partes contratantes el valor del mencionado pacto como no prohibido según la ley del lugar en que se haya celebrado.

Debe tenerse en cuenta que las cosas muebles, siempre que la cuestión no afecte al derecho social (esto es, al derecho de tercero), deben regirse no por la *lex rei sitae*, sino por la del país del propietario. Ahora bien, si el dueño de la cosa mueble, pudiendo venderla incondicionalmente por cualquier precio, puede efectuarlo según la ley del contrato, bajo la condición de que la venta se efectúe sólo en el caso de que en el término convenido no satisfaga su débito, y si ha consentido tal pacto, ¿cómo podría desconocerse su valor? El pacto comisorio no es más que una venta condicional. Ha podido prohibirse por ciertas leyes para impedir que el acreedor abusase de las circunstancias en que se halle el deudor, lo mismo que ha podido limitarse por ciertas leyes la libertad del interés. Pero establecido el principio de que los pactos consentidos en lo concerniente á las relaciones entre las partes que los estipularon deben regirse por la *lex loci contractus*, y que la esencia de las obligaciones por ellas asumidas debe respetarse por doquiera siempre que no haya ofensa para el orden social, parece conforme á la razón el admitir que cuando el pacto comisorio, en el contrato de prenda, sea válido según la *lex loci contractus*, deberá respetarse también aun en el país en que la ley lo declare nulo.

La solución sería distinta en el caso de que hubiere terceros interesados.

1.228. Las cosas muebles deberán considerarse, en efecto, sujetas á la *lex rei sitae*, siempre que se hallen efectivamente en un lugar determinado y se trate de decidir respecto de los derechos que pueden ejercitarse acerca de ellas por terceros, frente á aquel que se halle en posesión de la cosa; de las acciones que pueden entablarse; de las oposiciones que pueden ad-

mitirse en toda cuestión que surja entre el poseedor de la cosa y los terceros que sobre la misma pretendan tener derechos ó quieran ejercitar determinadas acciones de conformidad con la *lex rei sitae*.

Supongamos, por ejemplo, que en Italia un tercer acreedor, observando las leyes procesales, hubiese efectuado la pignoración de la cosa pignorada, y hubiese adquirido además un derecho con arreglo á la *lex rei sitae*; en el supuesto de que el derecho de prenda adquirido por el primer acreedor mediante contrato debiera ser respetado, esto es, admitiendo su derecho á obtener el pago privilegiado sobre la cosa pignorada, este acreedor no podría oponerse á la instancia del tercero que hubiese acudido al Tribunal para que éste ordenase judicialmente la venta de la prenda, aduciendo haberse convertido ya en propietario de la cosa pignorada por virtud del pacto comisorio consentido válidamente por las partes con arreglo á la *lex loci contractus*.

El art. 1.884 del Código italiano declara nulo todo pacto que autorice al acreedor á apropiarse la prenda ó disponer de ella sin estar autorizado al efecto por el Juez. No puede dudarse que esta prohibición tiene por objeto proteger el derecho social, esto es, los intereses de los terceros. El legislador ha querido impedir que el acreedor pueda apropiarse la cosa aprovechándose de la necesidad del que la da en prenda cediéndola á aquél por la suma que le haya anticipado en el momento del contrato, y defraudando los derechos de los terceros respecto de los cuales está obligado el deudor á cumplir las obligaciones contraídas con todos los bienes muebles é inmuebles, y sin ninguna facultad para perjudicar los derechos de aquéllos mediante los contratos por él concluidos.

El legislador ha considerado, pues, el pacto comisorio como inmoral y sin efecto jurídico, porque aun cuando pueda admitirse, por regla general, la venta condicionada sin considerarse prohibido el determinar el precio *ex tunc*, es decir, en el acto mismo en que la venta se haya estipulado, debiendo suponerse que en tal asunto, cuando se concluya con motivo de la constitución de la prenda, no se puede estar en completa libertad de consentimien-

to por parte del deudor, se ha sancionado en la ley la nulidad de ese pacto prohibiendo la validez y eficacia de la cesión convenida por el deudor de la cosa pignorada para el pago de la deuda con perjuicio del derecho de terceros. Ha sido, pues, para prevenir los fraudes y poner á salvo el derecho de los terceros que puedan imponer una carga sobre los bienes del deudor común para el cumplimiento de las obligaciones por éste contraídas, para lo que el legislador ha dispuesto que, cualquier pacto que hayan hecho los contratantes en la constitución de la prenda, deberá entenderse en el sentido de que el deudor ha querido ceder al acreedor la facultad de vender la prenda con arreglo al derecho común, para obtener sobre el precio de la venta el pago privilegiado.

1.229. La autoridad de la ley territorial debe considerarse absoluta cuando se trate de intereses de terceros que ejerzan acciones judiciales sobre las cosas localizadas, sean muebles ó inmuebles.

En efecto, las disposiciones deberán considerarse como de orden público y con autoridad imperativa *erga omnes*, puesto que tienden á proteger el derecho social. Invocárase, pues, en vano en Italia la *lex loci contractus* y la disposición sancionada en el art. 7.º de las *Disposiciones generales*, que sustrae las cosas muebles á la autoridad de la ley territorial y las somete á la ley nacional del propietario para mantener como eficaz el pacto comisorio respecto de la prenda.

Aun sosteniendo que este pacto no esté prohibido por la ley nacional del propietario de la cosa pignorada y por la del lugar en que se estipuló el contrato de prenda, debemos observar que, según los principios que siempre hemos sostenido, las cosas muebles localizadas estarán sujetas á la *lex rei sitae* por todas aquellas disposiciones por ellos sancionadas que tienden á proteger el derecho social. No puede considerarse como distinto el concepto del legislador italiano, el cual ha sancionado en el artículo 7.º la siguiente regla: «Los bienes muebles están sujetos á la ley de la nación del propietario» (de conformidad con el conocido principio *mobilia ossibus personae inhaerent; mobilia non habent sequelam*), pero ha añadido: «salvo las disposiciones en

contrario de la ley del país en que se hallen» (a). Con este inciso ha querido el legislador dejar á salvo la autoridad de las leyes que tiendan á proteger el derecho social aun respecto de las cosas muebles que se encuentren en Italia. Esto se halla también establecido en el art. 12 de las *Disposiciones generales*, que dice: «Las convenciones particulares no pueden derogar las leyes prohibitivas del reino concernientes á los bienes, ni las que se refieren al orden público».

Aplicando estos principios, entendemos que los acreedores del deudor común podrán incoar la acción judicial para que el Tribunal ordene la venta de la cosa pignorada y para que el Juez, dejando á salvo el derecho al pago privilegiado sobre el precio de la venta á favor de quien adquiría el derecho de prenda mediante contrato, puede ordenar que el resto del precio se adjudique á los demás acreedores que tengan derecho á él, y rechazar la oposición del acreedor pignoraticio que adujese que, por virtud del pacto comisorio consentido en el contrato, ha pasado á su dominio la cosa pignorada.

1.230. Vamos á ocuparnos ahora, aunque brevemente, de la subpignoración.

Según ciertas leyes, el tenedor de la prenda puede empeñar después á un tercero la cosa pignorada. Este acto debe regirse por los mismos principios que hemos expuesto respecto de la cesión de créditos ó de la prenda, según que deba considerarse como una cesión ó como un nuevo contrato de prenda. Si el acreedor pignoraticio hubiese cedido á otro de quien él fuese deudor los derechos y acciones que le corresponden contra el que á él le haya dado la cosa en prenda, este acto sería una cesión y debería regirse por los principios expuestos relativamente á la cesión de créditos, derechos y acciones. Si, por el contrario, hubiesen querido las partes estipular un contrato de prenda sobre la misma, convendrá tener presente los principios establecidos respecto de la constitución de la prenda para decidir si el

(a) La misma disposición contiene el art. 10 de nuestro Código civil, pero sin establecer la excepción que consigna el Código italiano.

contrato de subpignoración puede ser eficaz y común en las relaciones entre las partes que lo hayan estipulado y respecto de terceros.

Debiendo establecerse, como regla general, que no está permitido al acreedor usar de la prenda sin el consentimiento de aquel que se la haya dado, y que debe, por el contrario, custodiar diligentemente la cosa pignorada, síguese que, si el acreedor ha empeñado ulteriormente la prenda, debe quedar obligado á responder de lo hecho. El legislador austriaco dispone oportunamente en el art. 460 del Código civil lo siguiente: «Si el acreedor hubiese empeñado ulteriormente la prenda, será responsable aun del caso fortuito por el que, si la prenda hubiese salido de su poder, haya perecido ó se haya deteriorado» (a). De cualquier modo, convendrá atenerse á la ley del contrato y á los principios generales establecidos para decidir toda cuestión relativa á esta materia.

1.231. Pudiendo la cosa mueble pignorada ser transportada á varios países por el que la posee, además de las cuestiones ya tratadas y concernientes á las relaciones entre el deudor pignoraticio y el acreedor, y entre éste y los demás acreedores del deudor común, pueden surgir otras que no caigan bajo las reglas expuestas. Puede suceder, por ejemplo, que el acreedor sea despojado de la cosa pignorada por un tercero, ó que pase á poder de éste, y que el tercero se convierta en poseedor de buena ó de mala fe.

En este caso convendrá atenerse á las reglas expuestas relativas á las acciones posesorias para resolver las cuestiones que pueden surgir en los casos que anteriormente hemos mencionado (1).

Podrá suceder que el acreedor pierda la cosa pignorada ó que se la roben. También podrá ocurrir que el deudor ó el ter-

(a) El Código civil español no contiene disposición alguna concreta que concuerde con la citada en el texto; expresándose únicamente en el art. 1.867, que debe cuidar de la cosa como un buen padre de familia, y que será responsable de su pérdida, deterioro, etcétera.

(1) Véanse los §§ 773 y siguientes.

cero hayan dado en prenda una cosa que no sea propia y que el propietario quiera ejercitar la acción reivindicatoria del objeto pignorado.

En estos casos convendrá tener presentes los principios concernientes á la acción reivindicatoria y al derecho de retención de que nos hemos ocupado en los párrafos 781 y siguientes, 816 y siguientes y 847 y siguientes. Convendrá además tener en cuenta que el acreedor pignoraticio debe considerarse como poseedor precario respecto del propietario de la cosa pignorada, esto es, como aquél que posee la cosa en nombre de otro (1). Sin embargo, en virtud del contrato deberá atribuírsele el derecho real por él adquirido sobre la cosa, pero únicamente en cuanto se refiera al ejercicio del privilegio que se deriva del contrato de prenda.

Lo dicho hasta ahora se refiere á la prenda civil. Volveremos, pues, en su lugar oportuno sobre las cuestiones particulares que pueden surgir respecto de la prenda mercantil, respecto de lo cual convendrá discutir las leyes y reglamentos especiales concernientes á los establecimientos autorizados para hacer préstamos sobre prendas. De esto trataremos en el derecho mercantil internacional.

(1) Confr. el art. 2.115 del Cód. civ. ital., 1.462 del austriaco y 2.236 del francés.

CAPÍTULO XI

Del contrato de anticresis.

1.232. Del contrato de anticresis y de su objeto.—1.233. Bajo qué aspecto puede considerarse sometido á la *lex rei sitae*.—1.234. Reglas concernientes á la autoridad de la ley respecto de dicho contrato.

1.232. El contrato de anticresis debe distinguirse perfectamente del de prenda, porque aquél resulta de una convención *sui generis*, y debe, por tanto, regirse por reglas muy distintas de las concernientes al pignoraticio. Dicho contrato consiste en la convención pactada entre el deudor y el acreedor, mediante la que el primero cede y el segundo adquiere el derecho de hacer suyos los frutos del inmueble perteneciente al deudor con la obligación de imputarlos anualmente al pago de intereses, si se deben, y después al capital de su crédito.

El objeto de este contrato consiste en establecer una garantía real del crédito, y desde este punto de vista puede admitirse que tenga algo de común con la prenda, en su sentido estricto, y con la hipoteca, que tienden también á establecer una garantía real de crédito. Mas, como ya hemos dicho, estos tres actos jurídicos deben reputarse distintos entre sí, puesto que la prenda es el derecho sobre la cosa mueble entregada al acreedor; la hipoteca, el derecho sobre la cosa inmueble no entregada al acreedor, y la anticresis, es el derecho sobre la cosa inmueble entregada al acreedor y de la que puede éste hacer suyos los frutos, si la mencionada cosa se hubiese entregado y quedado en su poder.

Ya hemos hablado de la anticresis y demostrado que este acto jurídico debe estar sometido á la *lex rei sitae*, y no debemos

cero hayan dado en prenda una cosa que no sea propia y que el propietario quiera ejercitar la acción reivindicatoria del objeto pignorado.

En estos casos convendrá tener presentes los principios concernientes á la acción reivindicatoria y al derecho de retención de que nos hemos ocupado en los párrafos 781 y siguientes, 816 y siguientes y 847 y siguientes. Convendrá además tener en cuenta que el acreedor pignoraticio debe considerarse como poseedor precario respecto del propietario de la cosa pignorada, esto es, como aquél que posee la cosa en nombre de otro (1). Sin embargo, en virtud del contrato deberá atribuírsele el derecho real por él adquirido sobre la cosa, pero únicamente en cuanto se refiera al ejercicio del privilegio que se deriva del contrato de prenda.

Lo dicho hasta ahora se refiere á la prenda civil. Volveremos, pues, en su lugar oportuno sobre las cuestiones particulares que pueden surgir respecto de la prenda mercantil, respecto de lo cual convendrá discutir las leyes y reglamentos especiales concernientes á los establecimientos autorizados para hacer préstamos sobre prendas. De esto trataremos en el derecho mercantil internacional.

(1) Confr. el art. 2.115 del Cód. civ. ital., 1.462 del austriaco y 2.236 del francés.

CAPÍTULO XI

Del contrato de anticresis.

1.232. Del contrato de anticresis y de su objeto. — **1.233.** Bajo qué aspecto puede considerarse sometido á la *lex rei sitae*. — **1.234.** Reglas concernientes á la autoridad de la ley respecto de dicho contrato.

1.232. El contrato de anticresis debe distinguirse perfectamente del de prenda, porque aquél resulta de una convención *sui generis*, y debe, por tanto, regirse por reglas muy distintas de las concernientes al pignoraticio. Dicho contrato consiste en la convención pactada entre el deudor y el acreedor, mediante la que el primero cede y el segundo adquiere el derecho de hacer suyos los frutos del inmueble perteneciente al deudor con la obligación de imputarlos anualmente al pago de intereses, si se deben, y después al capital de su crédito.

El objeto de este contrato consiste en establecer una garantía real del crédito, y desde este punto de vista puede admitirse que tenga algo de común con la prenda, en su sentido estricto, y con la hipoteca, que tienden también á establecer una garantía real de crédito. Mas, como ya hemos dicho, estos tres actos jurídicos deben reputarse distintos entre sí, puesto que la prenda es el derecho sobre la cosa mueble entregada al acreedor; la hipoteca, el derecho sobre la cosa inmueble no entregada al acreedor, y la anticresis, es el derecho sobre la cosa inmueble entregada al acreedor y de la que puede éste hacer suyos los frutos, si la mencionada cosa se hubiese entregado y quedado en su poder.

Ya hemos hablado de la anticresis y demostrado que este acto jurídico debe estar sometido á la *lex rei sitae*, y no debemos

volver sobre el mismo argumento (1). Bastará notar aquí, en confirmación de lo manifestado anteriormente, que tratándose de los derechos y acciones respecto de la cosa inmueble, cualquiera que pueda ser la ley del lugar bajo el imperio de la cual hayan concluido las partes el contrato, las acciones reales fundadas en él no podrían ejercitarse respecto de la cosa inmueble existente en país diverso, que, con arreglo á la *lex rei sitae* y por consiguiente al contrato mismo, debe quedar sometido para su eficacia jurídica á dicha ley.

1.233. Examinemos, por ejemplo, la eficacia del contrato de anticresis según el sistema del Código civil italiano, que niega que la anticresis atribuya un derecho real y admite sólo que es una relación de carácter personal entre el deudor, el acreedor y sus herederos. Según este sistema, podrá sostenerse que tratándose de relaciones personales, habrá de depender todo de la *lex loci*, bajo el imperio de la cual se obligaron las partes; sin embargo, como la eficacia del contrato depende del hecho de la posesión, los derechos que se derivan de las relaciones contractuales deberán quedar sometidos á la ley italiana para su eficacia, puesto que, como la posesión del inmueble debe permanecer sometida á la *lex rei sitae*, las acciones que de aquélla se derivan habrán de regirse por la ley territorial.

Para aplicar mejor nuestro pensamiento, supongamos que el deudor haya celebrado un contrato de anticresis con dos acreedores, atribuyendo á uno y á otro el derecho de hacer suyos los frutos y de disfrutar el inmueble hasta que se le satisfaga su crédito por capital é intereses. En el caso que aquél hubiese puesto en posesión del inmueble al segundo de los contratantes y que el otro quisiera obligar á éste á entregarle la finca, alegando que los contratos deben tener efecto entre las partes contratantes con arreglo á las relaciones personales entre ellos establecidas; que siendo anterior el derecho de hacer suyos los frutos adquiridos mediante el contrato de anticresis, debía ser preferido al otro que adquirió posteriormente el mismo derecho, y que, por

(1) V. el capítulo *De la prenda y de la anticresis*, §§ 929 y sigs.

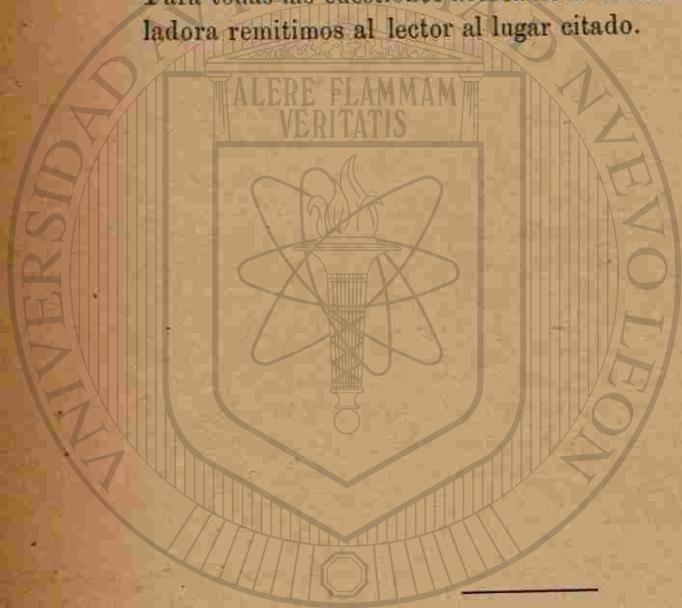
consiguiente, el poseedor del predio dado á éste en anticresis, debiera ser obligado á entregarlo.

En tal hipótesis, cualquiera que fuese la *lex loci contractus* y la manera como, según ésta, puedan ser apreciadas las relaciones contractuales entre las partes contratantes, sería el contrato ineficaz para modificar las consecuencias que se derivan de la posesión efectuada en Italia. El segundo acreedor invocaría, pues, oportunamente la ley italiana para proteger la posesión actual de la finca que se le hubiera dado en anticresis y de la que se le hubiese hecho la entrega efectiva por el deudor. Aunque su contrato sea posterior, hallándose en posesión legítima del inmueble y puesto en dicha posesión por el propietario, podrá invocar la *lex rei sitae* en cuanto ésta rige las relaciones que se derivan de la posesión y el ejercicio de las acciones posesorias para rechazar la acción del otro acreedor y proteger su posesión.

El primer contratante podrá invocar, sin duda, la *lex loci contractus* para hacer condenar al deudor, que no puede cumplir respecto de él la obligación de entregarle la cosa dada en anticresis, al resarcimiento del daño experimentado por inexecución del contrato; pero no podría dirigirse contra el poseedor, porque no admitiendo la *lex rei sitae* que el contrato de anticresis pueda atribuir un derecho real, no podría admitirse la acción contra el poseedor actual. Tampoco podría dirigirse contra el propietario, porque habiendo éste ejecutado el contrato concluido con el segundo acreedor y habiéndolo puesto en posesión de la cosa dada en anticresis, no podía readquirir dicha posesión porque el acreedor, por virtud del contrato y de lo dispuesto por la *lex rei sitae*, puede rechazar toda perturbación, teniendo derecho á que se le mantenga en la posesión y de hacer suyos los frutos hasta el pago de todo su crédito.

Los mismos principios deberán aplicarse con más razón en el caso en que haya, respecto de la materia, colisión de derechos entre el poseedor efectivo de la finca, por virtud del contrato de anticresis hecho en el extranjero, y el que hubiese adquirido derecho sobre la misma cosa como comprador ó como acreedor hipotecario, siendo más evidente, en este caso, la autoridad de la *lex rei sitae*.

1.234. Creemos haber aclarado lo que antes dijimos, esto es, que el contrato de anticresis, en lo concerniente á su eficacia y á las acciones inmobiliarias que de él pueden derivarse sobre la finca dada en anticresis, debe estar sometido á la *lex rei sitae*. Para todas las cuestiones acerca de la autoridad de la ley reguladora remitimos al lector al lugar citado.



CAPITULO XII

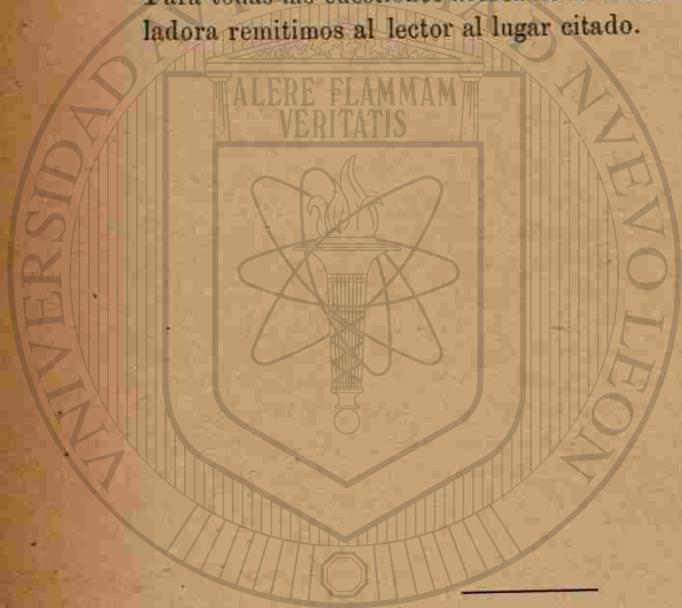
Del contrato de fianza.

1.235. Del contrato de fianza y de las relaciones que de él se derivan.—
1.236. De la ley que debe regir la fianza legal y la judicial.—**1.237.** Cómo se distinguen las relaciones que se derivan de la fianza para determinar la ley reguladora.—**1.238.** Cómo puede aplicarse la regla *locus regit actum*.—**1.239.** Ley que debe regir la naturaleza y el carácter del acto y de los efectos que se derivan de la fianza.—**1.240.** Ley que debe regir el contenido de la relación contractual.—**1.241.** De la obligación del fiador y de la ley que debe regir las acciones y las excepciones correspondientes.—**1.242.** Efectos de la fianza en sus relaciones con el deudor garantido.—**1.243.** Efectos de la misma en las relaciones entre varios fiadores.

1.235. El contrato de fianza es una convención mediante la cual asume uno, respecto del acreedor, la obligación de satisfacer el compromiso del deudor de aquél si el mismo no lo cumple.

Las relaciones que se derivan de este contrato no son las mismas que las procedentes de aquél por el que uno se obliga para con otro prometiendo el hecho de una tercera persona. El que promete la intervención de otro es un deudor principal, el cual asume la obligación para con aquél á quien ha hecho la promesa; pero la relación contractual queda limitada al que promete el hecho ó intervención de otro, y el acreedor á quien haya hecho la promesa. En virtud de esta relación, el que promete queda obligado; y cuando no consiga que el tercero se decida á intervenir, podrá ser obligado á pagar una indemnización á aquél con quien se obligó; pero siendo el tercero completamente extraño al asunto, no queda obligado, ni respecto del que prometió,

1.234. Creemos haber aclarado lo que antes dijimos, esto es, que el contrato de anticresis, en lo concerniente á su eficacia y á las acciones inmobiliarias que de él pueden derivarse sobre la finca dada en anticresis, debe estar sometido á la *lex rei sitae*. Para todas las cuestiones acerca de la autoridad de la ley reguladora remitimos al lector al lugar citado.



CAPITULO XII

Del contrato de fianza.

1.235. Del contrato de fianza y de las relaciones que de él se derivan.—
1.236. De la ley que debe regir la fianza legal y la judicial.—**1.237.** Cómo se distinguen las relaciones que se derivan de la fianza para determinar la ley reguladora.—**1.238.** Cómo puede aplicarse la regla *locus regit actum*.—**1.239.** Ley que debe regir la naturaleza y el carácter del acto y de los efectos que se derivan de la fianza.—**1.240.** Ley que debe regir el contenido de la relación contractual.—**1.241.** De la obligación del fiador y de la ley que debe regir las acciones y las excepciones correspondientes.—**1.242.** Efectos de la fianza en sus relaciones con el deudor garantido.—**1.243.** Efectos de la misma en las relaciones entre varios fiadores.

1.235. El contrato de fianza es una convención mediante la cual asume uno, respecto del acreedor, la obligación de satisfacer el compromiso del deudor de aquél si el mismo no lo cumple.

Las relaciones que se derivan de este contrato no son las mismas que las procedentes de aquél por el que uno se obliga para con otro prometiendo el hecho de una tercera persona. El que promete la intervención de otro es un deudor principal, el cual asume la obligación para con aquél á quien ha hecho la promesa; pero la relación contractual queda limitada al que promete el hecho ó intervención de otro, y el acreedor á quien haya hecho la promesa. En virtud de esta relación, el que promete queda obligado; y cuando no consiga que el tercero se decida á intervenir, podrá ser obligado á pagar una indemnización á aquél con quien se obligó; pero siendo el tercero completamente extraño al asunto, no queda obligado, ni respecto del que prometió,

ni del acreedor. Tal sería el caso prescrito en los arts. 1.119 y 1.120 del Código civil francés (1), los cuales disponen que nadie puede estipular ni obligarse sino en su nombre propio y por sí mismo; sin embargo, puede obligarse uno para con otro prometiéndolo el acto de un tercero; pero tal promesa sólo da derecho á una indemnización en favor de aquél á quien se ha prometido, si el tercero se niega á ratificar la promesa ó á cumplir la obligación de que se trate.

El contrato de fianza, por el contrario, lleva consigo relaciones contractuales entre el acreedor y el fiador y entre éste y el deudor principal por parte del cual puede suponerse, ó que intervenga un mandato expreso ó un mandato tácito, según que la fianza se haya prestado á petición del deudor ó á sabiendas de éste por serle cosa grata, y cuando falten ambas cosas, debe admitirse por lo menos entre el deudor y el fiador la relación que se deriva del *negotiorum gestio*.

1.236. La fianza puede derivarse también de la ley y puede en ciertos casos ser impuesta por el Magistrado. La primera tiene lugar cuando el legislador impone como condición para el ejercicio de ciertos derechos que se dé una seguridad. Esto sucede, por ejemplo, respecto de aquel que pide que se le admita en la posesión temporal de los bienes de un ausente, y al cual impone el legislador como condición para obtener la posesión que preste caución para la seguridad de la administración (artículo 120 del Código civil francés y 26 del italiano). Lo mismo sucederá respecto del extranjero que quiera hacer valer judicialmente sus derechos en Francia, y al que se le exige la caución *judicatum solvi*. También el usufructuario tiene obligación de dar fianza de que gozará la cosa como un buen padre de familia, si quiere ejercitar en Francia del derecho de usufructo, á no habersele dispensado de ello expresamente por el título (art. 601 del Código civil francés y 497 del italiano).

Esta especie de caución es necesaria en el sentido de ser impuesta por la ley, y no entra de lleno en el presente tratado, que sólo se ocupará de la fianza convencional ó consensual. Por lo de-

(1) Véanse arts. 1.128 y 1.129 del Código civil italiano.

más, claro es que aquélla debe depender exclusivamente de la ley bajo el imperio de la cual se haya realizado el acto jurídico ó se quiera comenzar la empresa para que la ley allí vigente exige la caución.

Tampoco debemos ocuparnos de la fianza judicial, la cual puede imponerse por el Juez, y debe regirse por las reglas relativas al orden del juicio, *ordinatoria litis*.

1.237. Vamos á ocuparnos exclusivamente de la fianza convencional, esto es, de aquella que tiene su fundamento en el contrato, según antes la hemos definido, proponiéndonos determinar la ley que debe regular las relaciones que de ella se derivan.

Comenzaremos por observar que la fianza convencional, ya sea anterior ó posterior al contrato celebrado entre el deudor y el acreedor, puede considerarse siempre como un asunto distinto en el sentido de que no existe ni viene á ser efectiva, sino por virtud del contrato celebrado entre el fiador y el acreedor; y bajo este punto de vista decimos que debe considerarse como un contrato distinto del estipulado entre el acreedor y el fiador. Aun en el caso de que éste hubiese asumido en el contrato principal la obligación de prestar seguridad mediante la constitución de un fiador, la fianza prestada posteriormente deberá considerarse como un asunto distinto que en tanto podrá subsistir en cuanto lo haya realizado voluntariamente el que haya dado la fianza.

En efecto, el que haya prestado la fianza, deberá reputarse como tercero respecto de la pactada constitución de caución, y no será responsable sino cuando efectiva y actualmente se haya obligado él mismo como fiador. Mas como el objeto de la fianza consiste en asegurar el cumplimiento de la obligación del deudor, comprometiéndose á satisfacerla cuando éste no lo haga, por esto, teniendo en cuenta el contenido del contrato, es evidente que la obligación del fiador es accesoria de la del deudor principal, y, por tanto, atendiendo únicamente á su objeto, sólo puede aquélla subsistir mientras subsista la obligación principal, que no puede exceder de lo debido por el deudor, el cual ha de seguir la suerte de la obligación principal y quedar extinguida cuando aquélla se extinga. En una palabra, como el objeto de la fianza

se resume en el deber de satisfacer la obligación del deudor si éste no la cumple, faltaría la causa de la misma si pudiera subsistir á pesar de que ya no exista la obligación principal.

Teniendo en cuenta la distinción hecha, es fácil determinar la ley que debe regir este contrato y los efectos que de él se derivan. La fianza considerada como asunto independiente y distinto debe estar sometida á las reglas que rigen los demás contratos realizados bajo el imperio de una ley determinada. Teniendo, pues, en cuenta que la obligación del fiador es accesoria á la del deudor principal, y que el objeto de esta obligación consiste en satisfacer aquélla si el deudor no la satisface, toda cuestión respecto del contenido de la obligación de que se trata dependerá de la ley misma que debe regir la obligación principal y sus efectos.

1.238. Prescindiendo de la capacidad de las personas que pueden prestar válidamente caución, y la cual ha de depender del estatuto personal (1), deberá también aplicarse á la fianza la regla *locus regit actum* para todo lo concerniente á la forma del contrato, á su validez y á su eficacia.

Por consiguiente, tratándose, por ejemplo, de un contrato de fianza celebrado en Italia, no puede admitirse resolución contractual si no se ha hecho expresa manifestación de voluntad de prestar caución con arreglo á lo dispuesto en el art. 1.902 de nuestro Código, la cual significa que no puede aceptarse relación de fianza sin voluntad manifiesta; pero como las obligaciones personales pueden probarse por documento escrito y por los demás medios permitidos en derecho, deben admitirse las reglas generales en cuanto á la prueba de los contratos para decidir respecto del de fianza hecho en Italia, todo lo referente á garantizar una obligación principal asumida mediante contrato hecho en otro país.

(1) Todos aquellos que son incapaces de contratar con arreglo á su ley personal, ni los interdictos ni las mujeres casadas, no pueden comprometerse válidamente como fiadores. El valor, pues, de la obligación personal asumida por la mujer que ha garantizado la obligación contraída por su marido, deberá decidirse con arreglo á la ley que deba regir las relaciones de familia.

Por la misma razón deberá decidirse, con arreglo á la ley italiana, toda cuestión acerca del valor jurídico de ciertos actos si se pretende hallar en ellos el carácter de fianza. En el supuesto, por ejemplo, de que un representante de casas extranjeras que haya venido á Italia celebre contratos en nombre de sus representados, y que un tercero dé informes ó seguridades de la solvencia del deudor, y se quiera discutir si tales recomendaciones ó seguridades constituyen ó no una fianza, esta cuestión, acerca del valor jurídico del acto, deberá decidirse con arreglo á la ley italiana por virtud del principio *locus regit actum*, á la vez que por el precepto sancionado por el art. 1.902 del Código civil italiano.

La regla *locus regit actum* será también aplicable en el caso de fianza consentida en Italia para determinar el valor de la caución indefinida ó de la que excediese de la deuda, la cual sería válida únicamente en la medida de la obligación principal con arreglo á lo dispuesto en el art. 1.900.

1.239. Con la misma regla deberá decidirse en el caso propuesto, si pactándose una retribución por la fianza perdería ésta su carácter y su naturaleza. Según Pothier, la caución implica siempre un beneficio para el deudor, por lo que han querido algunos establecer que la fianza es un contrato de beneficencia. En efecto, considerando aquélla desde el punto de vista de sus efectos respecto del acreedor, puede incluirse el contrato entre los de beneficencia, en el sentido de que el acreedor obtiene mayor seguridad para su crédito sin ningún beneficio para el fiador.

Es cierto, además, que, sin la fianza, no habría contratado con el deudor principal. De cualquier modo hay que admitir que el fiador presta á éste un servicio gratuito, y que perdería su carácter la fianza si el acreedor prometiese, para obtenerla, una compensación al fiador en compensación del riesgo y la responsabilidad que asume, en la posible insolvencia del deudor, porque aquélla cambiaría la fianza en una especie de seguro estipulado por el acreedor que sería el asegurado. En las relaciones entre el fiador y el deudor garantido nada obsta á que éste estipule una retribución como compensación del servicio que presta,

y según la ley italiana no perdería su naturaleza ni su carácter de fianza por la estipulación de un beneficio por el fiador que fuera pagado por el deudor garantido.

En todo caso habrá que referirse siempre á la ley del lugar *quo negotium gestum est* para decidir si el acto es ó no una fianza, y si por las circunstancias de hecho debe admitirse ó no que ha perdido su carácter y su naturaleza.

También la cuestión que puede surgir acerca de si la obligación que se deriva de la fianza pasa ó no al heredero del fiador, deberá decidirse con arreglo á las leyes que rigen la transmisión de derechos y de obligaciones al sucesor á título universal de dicho fiador.

Así también si los acreedores del fiador quisiesen impugnar el contrato aduciendo como razón que la obligación por él asumida puede ocasionarles un daño, y que debe considerarse hecha en fraude de sus derechos, esta cuestión debería decidirse teniendo presente la ley que debe regir las acciones entre los acreedores y su deudor, cuando éste haya querido prestar una fianza. Suponiendo esta acción sometida á la ley italiana y dado el caso de que los títulos de crédito deban depender de nuestra ley, sostenemos que así como el contrato entre el fiador y el acreedor no pudiera considerarse, por las razones anteriormente expuestas, como hecho á título oneroso, sería suficiente probar el fraude por parte del fiador para promover y obtener la revocación de la fianza con arreglo á lo prescrito en el art. 1.235 de nuestro Código civil (1).

De aquí concluimos que la fianza convencional, en cuanto puede considerarse como un asunto subsistente por sí y distinto, debe estar sometida á las mismas reglas que toda relación contractual, y que, aparte de la capacidad del garante, en lo concerniente á la forma, naturaleza, esencia y eficacia de la misma, debe aplicarse la regla *locus regit actum*.

1.240. Pasemos ahora á examinar lo concerniente al contenido de la relación contractual y á determinar la ley á que debe estar sometida.

(1) Véase el art. 1.167 del Código civil francés.

Ya hemos dicho que la del fiador es una obligación realmente accesoria á la del deudor principal y que debe, por consecuencia, seguir la suerte de ésta, de donde resulta con toda claridad, que el contenido de la obligación del fiador deberá determinarse con arreglo á la ley que deba regir la obligación del deudor principal.

Por consiguiente, en la hipótesis de que la fianza se haya prestado en país distinto, deberá decidirse con arreglo á la ley que rija la obligación principal si la deuda existe, la posibilidad de ser garantida y la extensión y el valor de la obligación misma, teniendo siempre en cuenta el principio de que la obligación accesoria se funda en la del deudor principal cuando no se haya declarado expresamente querer limitarla á parte de la misma; y teniendo siempre presente que aquélla debe seguir la suerte de la obligación principal, se deduce que debe permanecer sometida á la ley que rija la misma según la conocida regla de derecho *«cum causa principalis non consistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habet»* (1). Deberá, pues, decidirse con arreglo á dicha ley si la fuerza debe ó no reputarse subordinada á cualquier condición.

Aun cuando el fiador se haya obligado pura y simplemente, en el supuesto de que la ley bajo la cual se obligue el deudor principal deba reputarse condicionada su obligación, habrá de considerarse lo mismo la del fiador. Deberá, pues, decidirse según la *lex loci contractus principalis*, cuándo puede considerarse cumplida la condición, y el valor de la obligación durante el término para la comprobación de la condición, y si la obligación del fiador subsiste ó debe considerarse extinguida á consecuencia de la extinción de la obligación principal por confusión, novación ó de cualquier otro modo, ó cuándo debe reputarse inexistente ó nula por inexistencia ó nulidad de la acción principal. De aquí que, según la ley bajo cuyo imperio se haya contraído esta obligación, deberá admitirse una acción de nulidad sólo en interés del incapacitado; pero no podrá subsistir la fianza (como sucede, por ejemplo, bajo el imperio de la ley italiana

(1) L. 178 Dig., *De regulis juris*.

que permite prestar la fianza para una obligación contraída por un menor), deberá reputarse eficaz dicha fianza, debiendo decidirse siempre según la ley reguladora de la acción principal, cuándo ésta deberá reputarse válida ó inexistente, y cuáles sean las obligaciones que puedan garantizarse mediante la fianza (1).

1.241. Vamos ahora á ocuparnos de los efectos de la fianza.

La obligación del fiador es una obligación personal; pero así como los derechos y las acciones que el acreedor adquiere respecto de aquél deben determinarse según la ley que rija el contrato principal, asimismo no puede llegar el caso de aplicar la ley del lugar en donde se preste la fianza (si ésta se hubiese estipulado mediante contrato celebrado en país distinto), ni la del domicilio del fiador, sino la que deba regir el contenido de la obligación. Lo mismo debe suceder con el beneficio de excusión ó del orden, admitido según las diversas leyes.

Con arreglo al derecho vigente anteriormente en la Novela IV de Justiniano, podía el acreedor exigir del fiador el pago de cuanto le era debido sin obligación de dirigir la acción contra el deudor principal.

Jure nostro, dice Antonino Caracalla, *est potestas creditorí, relicto reo, eligendi fidejutores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur* (2). Lo mismo establecieron los emperadores Diocleciano y Maximiano. Justiniano, por el contrario, concedió á los fiadores la excepción por virtud de la cual podían rechazar la acción del acreedor y pedir que se dirigiera primero contra el deudor principal (3). Las legislaciones modernas han sancionado reglas uniformes relativas á esta materia. El Código austriaco dispone lo siguiente en su artículo 1.355: «Por

(1) El art. 1.899 del Código civil italiano dispone que «la fianza no puede existir sino fundándose en una obligación válida»; pero puede prestarse aunque pueda ser anulada por virtud de una excepción meramente personal al obligado, como en el caso de minoridad, por ejemplo.

(2) L. 5, VIII, 49.

(3) Nov. IV, cap. I.

regla general, el fiador sólo puede ser demandado cuando el deudor principal, después de un llamamiento judicial ó de una reclamación extrajudicial del acreedor, no haya cumplido su obligación».

El legislador italiano admite también el beneficio de excusión ó de orden para el pago de las deudas garantidas mediante caución, pero en el sentido de que el fiador no esté obligado á pagar al acreedor sino á falta del deudor principal, en el que debe hacerse previamente la excusión, mas no impone al acreedor la obligación de citar primero al deudor dirigiendo su acción contra él para volverla después contra el fiador, sino que permite á éste instar en las primeras actuaciones del pleito contra él promovido, para que el acreedor haga primeramente la excusión del deudor principal (1).

Boullenois considera el beneficio de excusión como una excepción personal contra la acción, y opina que debe regirse por la ley del domicilio de la persona. Añade, sin embargo, que si la *lex loci contractus* admite tal beneficio, el que debe pagar puede gozar de él aun cuando no sea reconocido por la ley de su domicilio, por la razón de que debe ser preferida la ley más favorable al deudor (2).

Nosotros, por el contrario, opinamos que todo debe depender de la ley que haya de regir el contenido de la obligación, porque sabido es que el beneficio de excusión forma parte del valor y extensión de la obligación asumida por el fiador, y así como el derecho del acreedor respecto de la obligación vale tanto como la acción que aquél pueda ejercitar contra éste, así también parece evidente que la misma ley que rija el contenido de la obligación deberá regir también las acciones y las excepciones que de ella se deriven, y de conformidad con la misma ley deben determinarse las excepciones que el fiador pueda proponer, sin que creamos necesario entrar en más amplios detalles sobre este punto.

(1) Arts. 1.907 y 1.909 del Código civil.

(2) Boullenois, *De la personnalité et de la réalité*, t. II, págs. 463, 475 y 476.

1.242. Los mismos principios deberán aplicarse al caso del fiador.

En lo concerniente á los efectos de la fianza respecto de las relaciones que de ella se derivan entre el deudor garantido y el fiador, debe aplicarse también la regla *locus regit actum* para determinar los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador, en cuanto el acto pueda considerarse como un asunto distinto. Ya se preste la fianza por consentimiento tácito ó por pacto expreso del deudor, ya sobrevenga sin que éste lo sepa, las relaciones deberán continuar sometidas á la regla *locus regit actum*, tratándose, en sustancia, de un mandato ó de una *negotiorum gestio*.

Así debe determinarse la extensión de todo derecho correspondiente al fiador contra el deudor por virtud del contrato de fianza, y, por consiguiente, la cuestión acerca del derecho á ser reembolsado de los intereses además de las sumas por él pagadas en sustitución del deudor y desde qué momento le sean debidas, los gastos que puedan repetirse y el resarcimiento de los daños, las circunstancias en las cuales puede el fiador proceder contra el deudor para que éste le releve de su obligación, etcétera, todo ello debe ajustarse á lo que determine la ley del lugar en donde las relaciones entre el deudor y el fiador tuvieron su origen mediante la fianza prestada. Lo mismo debe decirse respecto de las causas que pueden traer consigo la cesación de todo derecho. Conviene, en una palabra, aplicar las reglas relativas al mandato y á la *actio mandati vel contra* ó á la *negotiorum gestio*.

Así como el fiador puede fundar el derecho de subrogación legal en todas las razones pertenecientes al acreedor contra el deudor en el momento en que efectuó en lugar de éste el pago, este derecho debe estar sometido por completo á la ley misma que deba regir el contenido de la obligación principal y de la accesoria, sin que pueda llegar el caso de aplicar al ejercicio de este derecho la regla *locus regit actum*; y esto puede afirmarse, ya se trate de decidir si debe ó no admitirse la subrogación legal, ya de determinar los derechos y las pretensiones en las cuales el fiador puede ser subrogado y las limitaciones que á tales dere-

chos y pretensiones deban admitirse para poner á salvo el derecho de tercero.

Es evidente que así como la subrogación legal tiene lugar con arreglo á la ley llamada á regular el acto jurídico en virtud de la cual se concede, así también sólo puede derivarse de la ley que deba regir dicho acto; y ya hemos dicho que la fianza, como obligación accesoria con todos los compromisos y derechos correspondientes al fiador, debe estar sometida á la *lex loci contractus principalis* y no á la del país donde se prestó la fianza ni á la del domicilio del fiador.

1.243. Finalmente, para el efecto de la fianza entre varios fiadores, conviene tener presentes las mismas reglas, pero haciendo la misma distinción, esto es, que los efectos que pueden derivarse del acto jurídico efectuado por varias personas que hayan prestado la seguridad por el mismo débito, en lo que pueda considerarse como asunto independiente ó distinto, deben estar sometidos á la regla *locus regit actum*; para lo demás á la *lex loci contractus principalis*.

CAPITULO XIII

Del contrato de juego y de la apuesta.

1.244. Del contrato de juego ante las legislaciones modernas.—**1.245.** Las leyes relativas al juego se aplican aun á los extranjeros.—**1.246.** Examen de la cuestión de la autoridad de la ley que prohíbe el préstamo para jugar en caso que los jugadores sean extranjeros.—**1.247.** Se examina el caso en que los jugadores sean ciudadanos de la misma patria: autoridad del estatuto personal.—**1.248.** De los asuntos relativos al juego.—**1.249.** Autoridad de la ley que prohíbe las loterías extranjeras.—**1.250.** Examen del caso en que el billete de lotería haya sido vendido en el extranjero en donde no esté prohibida su venta.—**1.251.** Nuestra opinión acerca de la acción judicial á consecuencia de un billete de lotería adquirido en el extranjero.—**1.252.** Examen de la doctrina contraria y de la jurisprudencia.

1.244. El contrato de juego es uno de aquellos que se conocen como de suerte ó aleatorios, con cuya denominación se designan todas aquellas convenciones por virtud de las cuales el beneficio de los dos contratantes ó de uno solo de ellos depende de un suceso incierto. Tales son el contrato de seguro, el préstamo á riesgo, el juego, la apuesta, el contrato vitalicio y otros análogos.

El contrato de juego consiste en el convenio hecho entre dos jugadores, por el que acuerdan que el que pierda pagará al otro una suma en metálico ú otra cosa determinada. Este contrato es aleatorio y bilateral, puesto que cuando un vencedor recibe la suma ó la cosa convenida sin pagar nada en cambio, no la recibe gratuitamente, sino como precio del riesgo que ha corrido de pagar la misma suma ó dar al otro la misma cosa si hubiera sido vencido.

El juego ha sido severamente prohibido por las leyes de los diversos países desde el tiempo de la legislación romana. El jurisconsulto Paulo recuerda un senadoconsulto que prohibía jugar dinero á cualquier clase de juego, exceptuando únicamente los que se refieren á ejercicios corporales que pudieran ser útiles en la guerra (1).

En las legislaciones modernas han prevalecido los mismos principios. El legislador italiano reconoce como eficaz la obligación contractual únicamente respecto de los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, y cuando la suma comprometida en tales juegos parezca excesiva, podrá la autoridad judicial rechazar la demanda (art. 1.083). Respecto á cualquier otro juego podrá el legislador no conceder acción alguna al vencedor para obtener del que haya perdido el pago de la suma correspondiente ó de la apuesta. Supone además que el que haya perdido no puede repetir cuando haya pagado voluntariamente, con tal que por parte del vencedor no haya habido dolo ó fraude, y el que haya perdido no sea menor de edad, ó se halle en estado de interdicción ó inhabilitado.

1.245. La cuestión que puede surgir apropósito de este contrato en sus relaciones con el derecho extranjero, podrá plantearse en la hipótesis de que los jugadores sean extranjeros ó que la acción para obligar al que haya perdido á pagar la deuda de juego se ejercite en el país extranjero en que se halle y en donde rija una ley distinta.

Parece evidente que las leyes que prohíben el juego á interés tratan de prevenir los peligros sociales que pueden ser consecuencia de una especulación inmoral, y por consiguiente no puede desconocerse la autoridad territorial de dichas leyes respecto de todos aquellos que intentan ejecutar un acto prohibido, y no debe hacerse distinción entre ciudadanos y extranjeros sin tener para nada en cuenta la conformidad ó la diversidad de las leyes de su patria.

(1) *Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere; praeter quam si quis certet hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat.* L. II, § 1.º Digesto, *De aleatoribus*, XI, 5.

Deberá, en efecto, prevalecer el principio de que las leyes de policía y las que tienden á proteger el orden público y las buenas costumbres, tienen autoridad imperativa en el territorio y obligan, por consiguiente, á cuantos en él se hallan. Disponiendo la ley italiana de un modo tan absoluto en el art. 1.802 del Código civil, que «no se concederá acción alguna para el pago de una deuda de juego ó de apuesta», dado el caso de que el juego haya tenido lugar entre dos extranjeros y que la ley de su patria no prohíba la acción para el pago de dicha deuda, es evidente que no podrá permitirse al que haya ganado entablar acción alguna por este concepto ante los Tribunales italianos, invocando para sostenerla la ley de su patria (a). El Tribunal no podría admitir dicha instancia porque el legislador declaró inadmisibles por sí misma la acción, y según los principios generales del derecho y los consagrados en el art. 12 de las disposiciones generales de las leyes, á nadie es lícito invocar las leyes extranjeras para derogar las territoriales prohibitivas, que se refieran de cualquier modo al orden público ó á las buenas costumbres. Lo mismo sucedería en Francia, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 1.965 y 1.966 en relación con los 3.º y 6.º del Código civil.

Con arreglo á los mismos principios deberá resolverse toda cuestión relativa á los hechos relacionados con el juego.

1.246. El Código portugués en su art. 1.542 dispone que «las deudas del juego no pueden reclamarse judicialmente.... La restitución del dinero prestado para juegos de azar en el mo-

(a) Las disposiciones de los arts. 1.802 á 1.804 del Código italiano son muy análogas á las consignadas en el español, arts. 1.798 á 1.801. Sin embargo, hay una diferencia de verdadera importancia, aunque á primera vista parezca de escasa monta. El legislador italiano prohíbe *en general* el juego, exceptuando concretamente los que contribuyen al ejercicio corporal, etc. El español habla de los *juegos de suerte, enñite ó azar*, y esto ya limita extraordinariamente la extensión de la prohibición, exceptuando todos aquellos en que entra por mucho la habilidad ó el cálculo del jugador. Hay muchos juegos en que, pareciendo de verdadero recreo y estando autorizados por la ley, se cruzan sumas fabulosas, y en España esto es lícito y nadie puede prohibirlo mientras la ley no se modifique.

mento en que se está jugando tampoco puede ser reclamada». Ahora bien, suponiendo que dos italianos jueguen en un país en donde rija el Código portugués, y que un tercero extraño al juego, y también italiano, prestase dinero para jugar á uno de los jugadores, no podrá invocar la ley italiana para ejercitar ante los Tribunales portugueses la acción correspondiente para que se le devuelva el dinero prestado.

Aunque en la hipótesis propuesta anteriormente se tratase de ciudadanos de la misma patria, y según los principios generales del Derecho pueda sostenerse que en lo concerniente á sus obligaciones personales, no pueda prohibirse á los mismos invocar la autoridad de su estatuto personal, considerando que la ley que niega la acción en juicio por causa de juego, tiene por objeto proteger el derecho, los intereses sociales y la moral pública, y que no puede desconocerse su autoridad territorial *erga omnes*, síguese de aquí que, del mismo modo que se negaría la acción judicial á los ciudadanos portugueses, deberá también negarse á los extranjeros de cualquier país. No se trataría, en efecto, en este caso, de determinar la autoridad de la ley respecto de la obligación personal y de su validez jurídica; pues bajo este aspecto se podría sostener que, tratándose de italianos, la cuestión judicial en que interviniesen, en cuanto concierne á sus relaciones obligatorias, debería regirse por la ley italiana, y que, según ésta, el que hubiese tomado á préstamo una determinada suma para apostar ó jugar, estaría obligado á restituirla al que se le hubiera prestado, y tendría, por consiguiente, acción para repetirla (a).

En efecto, el legislador italiano excluye que las relaciones que se derivan del juego ó de la apuesta puedan ser materia de contrato eficaz entre los jugadores ó los que apuestan, y niega, por tanto, cualquier acción judicial para exigir el cumplimiento de las obligaciones que puedan nacer de ellas. Pero en el Código italiano no existe disposición alguna parecida á la sancionada en el art. 1.542 del Código portugués, y lo mismo puede decirse del Código francés, que está en esto enteramente con-

(a) Véase la nota (a) puesta al párrafo siguiente.

forme con el italiano. Dispone el legislador que las convenciones relativas al juego á interés no pueden ser materia de contrato civil *entre los jugadores*, pero no dice que no pueda existir obligación civil por la deuda contraída por un jugador con el que le haya prestado una suma para jugar.

Los jurisconsultos italianos (1) sostienen, pues, que aquél que haya suministrado una cantidad para el juego, tiene acción para repetirla, porque no puede entenderse que el contrato sea nulo por haberse fundado en causa ilícita. El que da dinero, aunque el prestatario lo tome para jugar, no contrata, en efecto, por causa ilícita, puesto que la ley no prohíbe al que recibe la cantidad prestada jugar, ni apostar ni pagar voluntariamente lo perdido. En el supuesto, pues, de que aquel que haya prestado la suma sea extraño al juego, de tal modo que no se le pueda considerar como partícipe ni como socio, sino como un tercero no empeñado en la partida, la cuestión jurídica entre él y aquél á quien haya prestado la suma para jugar no puede reputarse como concerniente al juego ni á las deudas contraídas por este concepto (a). Tales, dice Zacarias (2), deben considerarse las deudas que resultan directamente de una convención para el juego ó la apuesta, pero no las obligaciones con-

(1) V. Mirabelli, *Contratos especiales, Del juego*, § 12.

(a) Ahora cabe preguntar: y no pudiéndose considerar este acto de préstamo como inmoral ni como contrario á las leyes de orden público en general, ¿deberían con razón negarse los Tribunales portugueses á entender en un litigio en que un italiano, un francés ó un español reclamase la suma prestada á otro ciudadano de los citados países, aunque éste la hubiese pedido para destinarla al juego?

A juicio nuestro, con arreglo á los principios generales de la moral y del derecho, no deberían oponer semejante negativa los Tribunales portugueses, no siendo ésta, como no lo es, una cuestión que se considere en sí misma como de interés social ni de orden moral en casi ninguno de los Códigos de los pueblos más cultos. Claro es que, si se niegan, no hay medio alguno de obligarlos; pero aquí hablamos en teoría; no en el campo del derecho positivo, de lo que es, sino en el de los principios racionales, de lo que debe ser.

(2) Zacarias, *Curso de Derecho civil francés*, por Aubry y Rau, § 386. Confr. Colmar, 20 Enero 1848 (Sirey, 1842, 2.º, 492).

traídas para procurarse los medios de jugar ó de apostar. La cosa sería distinta si el préstamo se hiciese por el jugador, porque en este caso, como observa Troplong, el préstamo se confundiría con el juego mismo, puesto que serviría para fomentar la pasión del jugador y para satisfacer la del prestamista (1).

1.247. De todo lo dicho se deduce que pudiendo considerarse válida la relación contractual según la ley italiana y debiendo ésta regular las obligaciones personales contraídas por italianos en el asunto jurídico realizado bajo el imperio del Código portugués, puede admitirse, en el caso propuesto, la obligación civil por parte de aquél á quien se haya prestado la suma para apostar ó jugar; mas á pesar de esto no podría ejercitarse la acción judicial ante los Tribunales portugueses, porque no concediendo la ley acción civil por razones de interés social y de orden público, no podría el Tribunal portugués admitir la instancia ni resolverla (a). Por lo demás, esto no impediría que la acción pudiera plantearse ante los Tribunales italianos, porque existiendo, según la ley italiana, la obligación civil por las razones expuestas; y debiendo regirse el fondo de las obligaciones personales de aquellos que sean ciudadanos del mismo Estado por la ley de su patria, y debiendo reputarse eficaz la obligación, deberá admitirse en Italia la acción no prohibida, por parte del tercero que no estuviera empeñado en la partida.

La solución de la cuestión propuesta sería completamente distinta cambiando los términos de la hipótesis, esto es, suponiendo que las personas empeñadas en la partida de juego fuesen portuguesas y que el tercero no empeñado en ella en nuestro país, hubiese prestado dinero para jugar y quisiera proceder ante los Tribunales italianos para obtener la restitución de la suma prestada. En tal caso opinamos que la acción sería inadmisibile no sólo ante los Tribunales portugueses, sino también ante los italianos, y decimos esto, porque habiendo dispuesto nuestro legislador en el art. 9.º de las *Disposiciones generales* de

(1) Troplong, *Des contrats aleatoires*, núm. 66 y siguientes.

(a) Véase lo que á este propósito decimos en la nota (a) puesta al párrafo anterior.

las leyes que la naturaleza y los efectos de las obligaciones, si los contratantes extranjeros pertenecen á una misma nación, se reputen reguladas por su ley nacional, no puede admitirse obligación civilmente eficaz en el caso anteriormente indicado, porque así se halla sancionado por la ley nacional de las partes contratantes. Debería, pues, rechazarse la acción, porque según la ley portuguesa deberá reputarse nula por motivo de tener causa ilícita (a).

De lo dicho se sigue que puede admitirse la autoridad del estatuto personal respecto de las obligaciones que nacen del juego ó de la apuesta cuando los contratantes sean ciudadanos del mismo país, en el supuesto de que sólo se trate de si existe ó no relación contractual; si la obligación que nace de la deuda del juego puede reputarse civil ó natural; si puede ó no admitirse obligación civilmente eficaz á consecuencia de actos realizados para procurarse medios de jugar ó de apostar; mas en lo concerniente á las acciones para el pago de débitos originados

(a) No conocemos sentencia alguna de los Tribunales italianos cuyos fallos constituyan doctrina legal, que hayan aplicado el contenido del párrafo segundo del art. 9.º de las *Disposiciones generales* en la parte relativa á la cuestión de que se trata; pero nos inclinamos á creer que no han de ser los Magistrados italianos de la misma opinión que el ilustre tratadista Mr. Fiore.

Es exacto que en el citado art. 9.º existe la disposición que se indica; pero creemos que no han de darle esa interpretación los Tribunales. Si ante ellos presentase un portugués una demanda contra un compatriota para el cumplimiento de una obligación contraída y hecha en Italia que, por la índole del préstamo, es donde debía ejecutarse dicho cumplimiento, estableciendo el art. 3.º del Código civil que los extranjeros disfrutan en el reino de todos los derechos civiles que los ciudadanos, y por tanto, el de demandar ante los Jueces á sus deudores, y siendo el contrato lícito en donde se había celebrado y debía cumplirse.... repetimos que nos parece poco probable que siguieran la doctrina mantenida en el texto.

No pudiendo entrar aquí en el fondo de la cuestión desde el punto de vista de las doctrinas del Derecho internacional aplicables á la materia, nos limitamos á hacer esta breve indicación, sin más valor ni otras pretensiones que la de una sencilla manifestación de nuestro criterio en el punto concreto de que se trata.

á consecuencia del juego ó de la apuesta, debe aplicarse siempre la ley territorial, considerando la autoridad de ésta como absoluta é imperativa *erga omnes*, así como de cualquiera otra ley que se proponga proteger los intereses sociales y las buenas costumbres (1).

Cuando los jugadores sean ciudadanos de distintos países, deberá aplicarse la ley del lugar en que el acto se haya realizado para decidir cualquier cuestión referente á las relaciones contractuales que se derivan del juego ó de la apuesta, y siempre la *lex fori*, para decidir acerca de la admisibilidad de la acción para obtener judicialmente el pago de las deudas de juego ó de apuesta (a).

1.248. Los principios expuestos deberán aplicarse á cualquier clase de juego de azar, y por consiguiente, á los juegos de Bolsa y á cualesquiera otros análogos. Por tanto, si en Italia, por ejemplo, se quisiera constituir una sociedad para fundar y administrar una casa de juego en país extranjero en donde se tolerasen dichos establecimientos, la mencionada sociedad sería nula por ilícita y ninguna de las cuestiones relativas á ese asunto podría dar lugar á una acción judicial. El legislador considera el juego contrario á la moralidad pública y declara punible al que lo mantiene en lugar público (2). Parece, pues, evidente que cualquier negocio relativo á aquello que se reputa como fuente de un peligro social no puede tener sanción judicial aunque tenga por objeto dar cumplimiento á un pacto delictivo hecho en país extranjero (3).

(1) Hallamos consagrados estos principios en la sentencia dictada por el Tribunal de Bruselas, Sala 5.ª, en 19 de Diciembre de 1890 y 29 de Mayo de 1891 (*Journ. des Tribunaux*, 1890, pág. 54; 1891, página 816). Los motivos que han determinado á los autores del Código á proscribir toda acción por deudas de juego, se fundan en consideraciones de moralidad, de interés social y de orden público; el Juez está obligado á rechazar esta acción cuando se interponga ante él, sea cualquiera el país donde el juego haya tenido lugar y los efectos que las leyes vigentes en el país le atribuyan.

(a) Véase la nota (a) inserta anteriormente.

(2) Arts. 484 á 487 del Código penal.

(3) Véase en este sentido la sentencia del Tribunal de apelación

Pero, ¿qué deberá decirse de las loterías?

1.249. La lotería representa una especie de juego que consiste en el azar, ó de perder el dinero pagado por adquirir un billete, ó de obtener por suerte la ganancia que resulte del premio más ó menos considerable; y siempre mucho mayor que el precio del billete.

Las leyes de diversos países prohíben terminantemente las loterías, aun las que consisten en la venta de inmuebles; de muebles ó de mercancías efectuada con un beneficio atribuido por suerte á los compradores para excitarlos á adquirir con la esperanza de esta ganancia. En Francia fueron prohibidas toda clase de loterías por la ley de 21 de Mayo de 1836. En Italia se proveyó á esto por la ley de 27 de Septiembre de 1863, y el decreto-ley de 21 de Noviembre de 1880 declaró prohibida en el reino la venta ó la distribución de billetes de loterías establecidas en el extranjero ó de títulos de empréstitos extranjeros con premios, aunque éstos representen el reembolso de capitales y el pago de intereses más ó menos crecidos, y declaró del mismo modo prohibidas las suscripciones para aquellas loterías y empréstitos.

Por virtud de estas disposiciones entendemos que el acto jurídico relativo á la venta y á la distribución de billetes de loterías extranjeras y á cualquiera otra clase de operaciones prohibidas, siempre que se realicen en el lugar donde se halla en vigor la prohibición, debe considerarse nulo y de ningún valor ni efecto, porque falta la causa lícita para obligarse. También es evidente que no podrá admitirse la acción judicial respecto á las operaciones relativas á las loterías prohibidas por la ley territorial, porque, dada la autoridad imperativa de la ley respecto de los hechos realizados en el lugar en que aquélla rige, faltando por consecuencia de la prohibición la causa lícita de obligarse, no podrá prosperar ninguna acción judicial por virtud del contrato fundado en causa ilícita. Aunque fuesen ciudadanos del mismo Estado los ciudadanos que hubiesen vendido

de París de 22 de Febrero de 1849 (*Journal du Palais*, 1850, páginas 137 á 139).

ó distribuido el uno y adquirido el otro los billetes de lotería extranjera en Italia, el acto estaría siempre prohibido y debería reputarse ineficaz como contrato civil, porque la validez ó la nulidad del acto no sería consecuencia de la capacidad para obligarse de las partes contratantes, por lo cual pudiera invocarse su estatuto personal, sino que el acto jurídico estaría condenado por la disposición de la ley territorial, que declarando ilícito *per se* dicho acto, lo declara al mismo tiempo incapaz de producir efectos civiles.

1.250. La duda puede surgir en la hipótesis de que la venta de billetes de lotería se haya efectuado en un país en donde no esté prohibida por la ley y que la acción judicial se haya ejercitado en el domicilio del deudor, en donde rija la ley que prohíba la venta de dichos billetes. En tal caso, ¿deberían aplicarse los mismos principios expuestos respecto de la obligación procedente del juego? O lo que es lo mismo, ¿deberá entenderse que así como no sería admisible la acción judicial cuando el billete de lotería se hubiese vendido y adquirido en el territorio, tampoco debería serlo cuando se hubiese hecho la venta en país extranjero en donde, no existiendo la prohibición, haya nacido la relación contractual con causa lícita según la *lex loci contractus*?

Conviene observar que las leyes que prohíben las loterías se fundan siempre en razones de moralidad pública. Se pretende, en efecto, con ellas evitar las especulaciones excitadas por malas pasiones que impulsan á exponer una cantidad fiada á la fortuna y al azar para enriquecerse, en vez de acostumbrarse más bien á considerar el trabajo provechoso como la verdadera fuente de la riqueza. Es indudable que la prohibición por la ley produce el efecto de hacer ilícita cualquier convención relativa á la lotería y concluída en donde impera la ley que la prohíbe. Siendo la causa lícita para obligarse uno de los requisitos esenciales para la validez de un contrato (1), es evidente que, dada la prohibición de la ley, tendrá la convención tacha de nulidad y no podrá producir efecto alguno jurídico á consecuencia de lo que

(1) Art. 1.104 del Código civil italiano y 1.108 del francés.

el mismo legislador dispone, esto es, que no puede producir efecto alguno la obligación sin causa ó fundada en causa ilícita (1). Por lo demás, debemos considerar atentamente que en tanto podrá considerarse falta de causa lícita, en cuanto subsista la prohibición de la ley, y notamos que la fuerza de esta prohibición sólo puede existir por consecuencia de la autoridad preceptiva de la ley misma.

En efecto, basta notar que en los mismos países en que las loterías están prohibidas, se admiten, sin embargo, excepciones respecto de algunas de ellas destinadas á un fin benéfico ó á estimular las bellas artes. Esto ocurre en Italia, en donde el legislador, como excepción á la prohibición general de las loterías públicas, ha declarado permitidas aquéllas cuyo producto se destina exclusivamente á obras de beneficencia pública. También en Bélgica la ley de 31 de Diciembre de 1841, que prohíbe las loterías, exceptúa, sin embargo, las operaciones financieras de los Estados extranjeros hechas con premios ó reembolsos por sorteo cuando estén autorizadas por el Gobierno. Exceptúanse asimismo de la prohibición mencionada las loterías efectuadas por los pueblos y por las provincias, cuando estén autorizadas, y también se han exceptuado las operaciones de ferrocarriles, de sociedades anónimas, de instituciones de crédito territorial ó agrícola, etc., etc.

Siguese de aquí que la causa lícita ó ilícita respecto de las convenciones relativas á la lotería, depende enteramente del hecho del legislador, esto es, según éste sancione la prohibición ó la autorización de la misma. También procede de esto que la causa de obligarse sea lícita ó ilícita, y, por consiguiente, dependerá de la misma circunstancia la decisión de si la obligación puede ó no producir efecto.

Teniendo esto presente, entendemos que, cuando el contrato relativo á una lotería se haya celebrado en donde no exista ley prohibitiva, no puede sostenerse la nulidad del contrato ó la ineficacia de la obligación, porque, como todo debe depender de la prohibición de la ley, si aquélla no existe, no podrá alegarse

(1) Art. 1.119 del Código civil italiano y 1.131 del francés.

que falta la causa lícita para obligarse. No puede asimilarse el contrato relativo á la lotería al contrario á las buenas costumbres, el cual, siendo tachado de nulidad objetiva é intrínseca, cualquiera que sea el país en donde se haya celebrado y las leyes allí vigentes, no podrá producir efecto en un país culto y civilizado, porque el sancionar judicialmente la inmoralidad traería consigo la ofensa directa al orden público y al interés social. Respecto de la lotería, la moralidad ó inmoralidad de la misma no es absoluta, sino que depende de la prohibición de la ley, y por esto, en los países mismos en que dicho juego está prohibido por graves razones de moralidad, es, sin embargo, lícita y no inmoral la convención relativa á la lotería autorizada por el Gobierno (a).

(a) Sin negar nosotros que de hecho exista cierta diferencia, más bien accidental que de fondo, entre la lotería y los demás juegos de azar ordinarios, no estamos conformes con la apreciación que parece deducirse del sentido general de este párrafo del texto.

O los juegos de azar son contrarios á la moral y á las buenas costumbres, ó no lo son. Si lo primero, no vemos por qué la lotería, que es uno de ellos, no haya de llevar consigo la tacha de nulidad objetiva é intrínseca para los contratos que á ella se refieran. Si lo segundo, no deben tacharse de nulos aquéllos que se relacionen con los demás juegos de azar.

Es cierto que estos últimos pueden dar lugar á fraudes y engaños por parte de los jugadores que ponen la banca ó están á la cabecera de las mesas de juego tirando las cartas; pero sobre que estos engaños constituyen delitos de estafa que deben penarse como en otro caso cualquiera, no es tampoco ese fraude privilegio de esos juegos, sino que pueden cometerse lo mismo—y tenemos completa seguridad de que se han cometido—en el juego de lotería.

Nosotros, que odiamos los juegos de azar en todas sus formas y manifestaciones, no creemos que la persecución y tacha de nulidad objetiva é intrínseca de los contratos que tengan relación con ellos, sea equitativa dada la excesiva tolerancia que se tiene con otros vicios no menos graves y funestos que el del juego, ni consideramos tampoco eficaz la persecución de éste para evitar la desmoralización que acusa en el cuerpo social, antes por el contrario, opinamos que podían y debían ponerse otros medios para ponerles coto. Esa clase de vicios son manifestaciones morbosas que exteriorizan el estado general del organismo, y es trabajo baldío querer

Teniendo en cuenta todo esto, opinamos que cuando la obligación relativa á una lotería extranjera haya sido suscrita por un francés ó por un italiano en un país en que no estaba prohibido por la ley allí vigente este contrato, deberá reputarse válida la obligación, y no se estará en el caso de declararla sin efecto alegando, por ejemplo, que respecto de un francés ó de un italiano que haya comprado el billete de lotería en el extranjero, donde no estaba prohibida su venta, la obligación de pagar el precio correspondiente debe considerarse como fundada en causa ilícita por virtud de la ley francesa ó italiana que prohíben la venta de billetes de lotería extranjera (a).

Ya hemos dicho que la prohibición sancionada por el legislador no se refiere á la capacidad de obligarse, por lo que no puede tampoco referirse al estatuto personal, como si se tratase del acto realizado en el extranjero por un incapacitado según su ley nacional.

Tampoco puede darse el caso de considerar la obligación sin causa ó fundada en causa ilícita porque la ley francesa ó italiana prohíben la venta de billetes de loterías extranjeras, puesto que la prohibición sancionada por dichas leyes sería eficaz para convertir en nula é ilícita la convención concluída en Francia ó en Italia, ó en cualquier otro país en que imperase una ley análoga á la francesa ó italiana, siempre por la razón de que, existiendo la prohibición y dada la autoridad imperativa de la ley prohibitiva, faltaría la causa lícita de obligarse. En el supuesto de que la convención se haya celebrado en un país en que según la ley esté prohibida la venta de billetes de lotería, deberá la obligación producir su efecto, porque, teniendo en cuenta su objeto, no falta la causa lícita para obligarse. No teniendo autoridad imperativa en el país en donde se celebró el contrato la prohibición sancionada por la ley francesa, no puede convertir en

curarlas con tópicos ó remedios locales. Por lo pronto, y mientras se aplican y comienzan á producir efecto los depurativos, deberían reglamentarse y vigilarse cuidadosamente, en vez de perseguirlos en la forma que se persiguen, y menos aún haciendo distinciones y concediendo privilegios.

(a) Véase lo dicho en la nota anterior.

nula la obligación allí contraída por un francés, y que es por sí misma válida según la ley allí vigente.

1.251. Admitimos, por consiguiente, que si, por ejemplo, el billete de lotería se hubiese adquirido en el extranjero por un italiano, el ciudadano de aquel país podría citar al deudor ante los Tribunales italianos para obligarle judicialmente á pagar la deuda contraída por virtud de la adquisición del billete de lotería en país extranjero, y no se estaría entonces en el caso de declarar la acción inadmisibile, como lo sería seguramente si el billete de lotería se hubiese adquirido en Italia contra la prohibición de la ley.

Siendo válida la obligación, deberá ser eficaz la acción judicial para obtener su cumplimiento. Y no bastaría invocar en contrario lo que hemos dicho anteriormente respecto de la acción por deudas de juego, porque respecto de éstas no concede la ley acción alguna; y tal prohibición relativa á la admisibilidad de la acción para el pago de una deuda de juego debe tener autoridad territorial. Respecto de la lotería, por el contrario, la ley no declara la acción absolutamente inadmisibile, sino que puede ser rechazada cuando falte el fundamento de la obligación, esto es, cuando por virtud de la prohibición de la ley que declara nula la venta de billetes de las loterías extranjeras efectuada en el reino, anula la obligación misma, porque se funda en causa ilícita. Por el contrario, en cuanto á las loterías autorizadas, la acción es admisible, porque no falta la causa lícita para obligarse.

No debemos, por tanto, confundir la acción por deudas de juego con la de pago de la deuda de lotería. La primera es siempre inadmisibile porque el poder público no puede reconocer como acto jurídico el juego ni atribuir efectos civiles á los actos realizados entre jugadores. Respecto de la lotería, por el contrario, la acción es admisible ó inadmisibile, según que deba ó no considerarse válida y eficaz la obligación respectiva. Habiendo demostrado que la obligación contraída en país extranjero en donde según la ley imperante no exista la prohibición, debe considerarse válida, parece una consecuencia racional que no deba rechazarse la acción judicial correspondiente.

1.252. Ya sostuvimos esta opinión en la primera edición publicada en 1869 (1). Sostienen la contraria Laurent (2), Massé (3) y la jurisprudencia francesa (4) y belga (5), pero no nos han convencido sus razones para modificar dicha opinión nuestra. Creemos oportuno advertir que las sentencias de los Tribunales franceses citadas en confirmación de la opinión contraria á la nuestra no son decisivas, porque se refieren á contratos celebrados en Francia relativos á loterías extranjeras, y éste no es precisamente el caso por nosotros discutido. Si los billetes de la lotería extranjera se hubiesen adquirido suscribiendo en Italia las cartas-órdenes correspondientes al precio de la adquisición, ó si se hubiesen cedido los billetes de la lotería extranjera á un Banco italiano en cambio de títulos de crédito mercantil en Italia, estos contratos estarían afectados por la prohibición sancionada por nuestra ley, y no sería admisible la acción judicial, porque el acto jurídico se habría efectuado (por la circunstancia de la firma del billete á la orden puesta en

(1) § 282 de las diversas ediciones, incluso la de 1889.

(2) *Droit civ. intern.*, t. VIII, § 112.

(3) *Droit commercial*, § 570.

(4) París, 25 Junio 1829 (*Journ. du Pal.*, 1829, pág. 1.177); París, 29 Diciembre 1868 (*Ibid.*, 1869, pág. 327).

(5) El Tribunal de apelación de Bruselas, en sentencia de 27 de Mayo de 1886, establece por modo claro y concluyente que la lotería no es más que una variedad del juego y deben aplicarse á ella las disposiciones relativas á los juegos de azar; que la obligación resultante de una convención prohibida por la ley belga es nula sea cualquiera el país en donde haya tenido origen ó deba ser ejecutada (*Journ. du Droit int. privé*, 1888, pág. 838) (a).

(a) En esta sentencia hay lógica. Si la lotería es un juego de azar ó de suerte como otro cualquiera, no hay razón alguna para concederle el privilegio de que se consideren válidos y eficaces los contratos que á ella se refieran, cualquiera que sea el país en que se ejecuten. Véase la nota (a) puesta al párrafo 1.250.

Lo que hay es que no deben, á juicio nuestro y hablando en la esfera especulativa ó teórica, tacharse de *absolutamente* inmorales y contrarios á las buenas costumbres los juegos de azar ó de suerte. Lo que en esto, como en todo, constituye el vicio y trae consigo el mal es el abuso. Pero admitida la teoría contraria, como parece admitirla el autor, repetimos que la sentencia del Tribunal de Bruselas nos parece perfectamente.

Italia, ó por la de la cesión ó permuta de los títulos) en donde impera la ley italiana; y como la prohibición sancionada por ella hace ilícita la causa de la obligación, se sigue de aquí la nulidad de ésta, su ineficacia y la inadmisibilidad de la acción.

Nosotros hemos supuesto, por el contrario, que el acto jurídico no era ilícito, según la ley extranjera, y que se había perfeccionado en el extranjero, esto es, que se había ultimado la venta del billete y la entrega del mismo; que la cuestión surgía respecto del pago del precio debido, y por consiguiente, la acción judicial entablada en Italia sólo se refería á forzar á la persona válidamente obligada á cumplir la obligación contraída. Éste es el caso en que hemos sostenido y sostenemos que la disposición de la ley extranjera no puede anular la obligación ni rechazar la acción por las razones expuestas (a).

No vemos, pues, que exista oposición entre nuestra teoría y la sentencia pronunciada por el Tribunal del imperio alemán el 15 de Noviembre de 1883 (1). Tratábase del agente de una lotería organizada en Sajonia, pero no autorizada por la ley del imperio, el cual agente había vendido en Sajonia billetes de lotería, y no habiéndolos entregado todos en el lugar en donde se había celebrado el contrato, los había remitido por medio del correo á un punto del reino de Prusia. Está allí en vigor la ley de las antiguas provincias de la monarquía prusiana de 8 de Julio de 1847 ampliada á los países agregados después á Prusia por el artículo 4.º de la Ordenanza de 25 de Junio de 1867. Esta ley prohíbe la venta y la distribución de billetes de loterías extranjeras no autorizadas. Ahora bien, la expedición, hecha por el correo, de billetes de lotería sajona, á pesar de que el acto se refería al pacto celebrado en aquel país, contravenía á la prohibición de la ley, porque se trataba de distribuir en Prusia, por medio del correo, billetes de una lotería establecida en el extranjero.

(a) Véanse las notas y contranotas que hemos puesto á los números 1.250 y 1.252.

(1) Tribunal regional de Verden (*Journ. de Droit int. privé*, 1885, página 325).

Si el mismo hecho hubiese acaecido en un país en donde estuviera en vigor la ley italiana, deberían nuestros Tribunales resolver lo mismo que resolvió el Tribunal del Imperio alemán, porque, así como la citada ley italiana de 21 de Noviembre de 1880 declara en su art. 4.º prohibida en el reino de Italia la distribución de billetes de loterías extranjeras y declara también prohibidas las suscripciones para tales loterías, parece evidente que en el supuesto de que el contrato se haya celebrado donde la venta de billetes de lotería no estuviera prohibida, si éstos se hubiesen expedido á Italia, constituiría por sí un acto ilícito y contrario á la prohibición de la ley vigente en nuestro país. Esta prohibición debería considerarse violada, ya se tenga en cuenta que la venta no se ha perfeccionado hasta la entrega del billete, porque sólo así ha entrado el comprador en posesión del título para jugar á la lotería, ya se considere la expedición hecha por correo como distribución hecha en Italia de billetes de lotería extranjera. Para ser aplicable la teoría por nosotros sostenida, habría de ocurrir, por ejemplo, que un italiano hubiese adquirido en país extranjero un billete de lotería y que se le hubiese entregado, y suponiendo que hubiera pagado sólo una parte del precio ó lo debiera todo y que se tratara de obligarle á pagar la deuda por él contraída por dicho billete adquirido en el extranjero y allí también entregado.

CAPÍTULO XIV

De la ley que debe regir las obligaciones sin convenio.

1.253. Existen obligaciones que nacen sin convenio.—**1.254.** Las obligaciones jurídicas se derivan en general de la ley, y pueden dividirse en varias clases.—**1.255.** Determinación de la materia de este tratado.

1.253. El contrato es la fuente más importante y común de las obligaciones jurídicas personales, pero no es la fuente única y exclusiva de las mismas. Hay, en efecto, obligaciones que nacen sin contrato, y esto es lo que constituye su carácter esencial, esto es, el de que la obligación, ora unilateral, ora recíproca, viene á existir aun cuando no haya mediado contrato alguno entre las partes ni éstas hayan prestado su consentimiento de obligarse, y por esto es por lo que se diferencian de las obligaciones que nacen de los contratos, para las cuales es el consentimiento lo que produce la obligación entre las partes.

Proponiéndonos aquí determinar la ley que debe regir las mencionadas obligaciones, conviene investigar ante todo cuáles son las obligaciones jurídicas á las cuales nos venimos refiriendo en este Libro, y establecer con exactitud el carácter, la naturaleza y el fundamento del vínculo obligatorio, á fin de indicar cuál deba ser la ley á que debe atribuirse la necesaria autoridad para regirlas.

1.254. Conviene decir, en primer término, que todas las obligaciones jurídicas, en general, se derivan de la ley, no en el sentido de que el legislador pueda crearlas sólo con su voluntad cuando no existen según los principios de la justicia natural, sino más bien en el sentido de que toda obligación civil presupone

Si el mismo hecho hubiese acaecido en un país en donde estuviera en vigor la ley italiana, deberían nuestros Tribunales resolver lo mismo que resolvió el Tribunal del Imperio alemán, porque, así como la citada ley italiana de 21 de Noviembre de 1880 declara en su art. 4.º prohibida en el reino de Italia la distribución de billetes de loterías extranjeras y declara también prohibidas las suscripciones para tales loterías, parece evidente que en el supuesto de que el contrato se haya celebrado donde la venta de billetes de lotería no estuviera prohibida, si éstos se hubiesen expedido á Italia, constituiría por sí un acto ilícito y contrario á la prohibición de la ley vigente en nuestro país. Esta prohibición debería considerarse violada, ya se tenga en cuenta que la venta no se ha perfeccionado hasta la entrega del billete, porque sólo así ha entrado el comprador en posesión del título para jugar á la lotería, ya se considere la expedición hecha por correo como distribución hecha en Italia de billetes de lotería extranjera. Para ser aplicable la teoría por nosotros sostenida, habría de ocurrir, por ejemplo, que un italiano hubiese adquirido en país extranjero un billete de lotería y que se le hubiese entregado, y suponiendo que hubiera pagado sólo una parte del precio ó lo debiera todo y que se tratara de obligarle á pagar la deuda por él contraída por dicho billete adquirido en el extranjero y allí también entregado.

CAPÍTULO XIV

De la ley que debe regir las obligaciones sin convenio.

1.253. Existen obligaciones que nacen sin convenio.—**1.254.** Las obligaciones jurídicas se derivan en general de la ley, y pueden dividirse en varias clases.—**1.255.** Determinación de la materia de este tratado.

1.253. El contrato es la fuente más importante y común de las obligaciones jurídicas personales, pero no es la fuente única y exclusiva de las mismas. Hay, en efecto, obligaciones que nacen sin contrato, y esto es lo que constituye su carácter esencial, esto es, el de que la obligación, ora unilateral, ora recíproca, viene á existir aun cuando no haya mediado contrato alguno entre las partes ni éstas hayan prestado su consentimiento de obligarse, y por esto es por lo que se diferencian de las obligaciones que nacen de los contratos, para las cuales es el consentimiento lo que produce la obligación entre las partes.

Proponiéndonos aquí determinar la ley que debe regir las mencionadas obligaciones, conviene investigar ante todo cuáles son las obligaciones jurídicas á las cuales nos venimos refiriendo en este Libro, y establecer con exactitud el carácter, la naturaleza y el fundamento del vínculo obligatorio, á fin de indicar cuál deba ser la ley á que debe atribuirse la necesaria autoridad para regirlas.

1.254. Conviene decir, en primer término, que todas las obligaciones jurídicas, en general, se derivan de la ley, no en el sentido de que el legislador pueda crearlas sólo con su voluntad cuando no existen según los principios de la justicia natural, sino más bien en el sentido de que toda obligación civil presupone

una ley positiva sancionada y promulgada por la autoridad pública, y en virtud de la cual atribuye el legislador á uno la facultad de exigir á otro que está obligado á dar, á hacer, ó á prestar aquello que está conforme con las reglas civil y jurídicamente obligatorias por aquél sancionadas.

Del mismo modo que todo derecho civil presupone una ley positiva que lo atribuye al sujeto á quien pertenece, toda obligación jurídica ó civil tiene su fundamento en la ley que determina el derecho correspondiente á cada deber jurídico y protege su eficacia mediante una acción legal. Es verdad que existen obligaciones jurídicas á las que no corresponde un derecho protegido por la ley positiva, pudiendo considerarse tal la obligación de aquel que voluntariamente haya dado ó hecho aquello que estaba obligado á dar ó á hacer según la ley natural, respecto de aquel que no podía demandar su cumplimiento según la ley civil. La obligación jurídica supuesta en tales circunstancias de no poder repetir lo que se haya dado ó hecho voluntariamente aun cuando no subsista una obligación civil propiamente dicha, sino sólo una obligación natural, derivase también de la ley é impone el deber de respetar el voluntario cumplimiento de las obligaciones naturales (1).

Conviene advertir que la ley impone obligaciones jurídicas siempre en consideración de las relaciones existentes entre las personas, y á las cuales atribuye gran autoridad á las unas respecto de las otras, unas veces en consideración á las relaciones que se derivan del estado de familia, otras en consideración á las circunstancias en que se encuentran aquellos que poseen los bienes ó que tienen la propiedad de éstos, etc. Estas son también obligaciones jurídicas que se derivan de la ley y que tienen su fundamento en el estado de las personas, en las relaciones de familia ó en la condición de las cosas en relación con las personas que las poseen; pero no es de éstas de las que conviene tratar en este lugar, porque ya hemos tratado separadamente de ellas en los libros I al III de la parte especial.

(1) Confr. los arts. 1.237 y 1.311 del Código civil italiano, y 1.235 y 1.340 del francés.

El legislador concede además á las personas, únicamente en el campo en que pueden ejercer su autonomía, la facultad de obligarse unilateral y recíprocamente á una prestación cualquiera, esto es, á dar, á hacer ó no hacer alguna cosa, y á ponerse de acuerdo en este punto mediante pacto ó contrato. Dedúcese de aquí que para estas relaciones obligatorias que puedan crearse por consentimiento recíproco de las partes (porque, como ya hemos hecho notar, se hallan en el campo de su autonomía legal), tiene la obligación jurídica su fundamento en el contrato concluído con arreglo á la ley.

De estas obligaciones hemos hablado separadamente en los anteriores capítulos.

Existe, por último, una tercera categoría de obligaciones jurídicas, á saber: las que se derivan directamente de un hecho positivo y voluntario del hombre, á cuyo hecho atribuye la ley el efecto de obligar á su autor para con un tercero, ó de dar origen á una obligación unas veces unilateral y otras recíproca entre las personas que, á consecuencia del hecho, se colocan en ciertas relaciones entre sí. Estas son las obligaciones que se derivan directamente del hecho voluntario del hombre é indirectamente de la ley, en el sentido de que aun cuando el autor del hecho no haya tenido voluntad de asumir una obligación jurídica, y aunque la persona que por las circunstancias se halle en ciertas relaciones con el hecho de otro, haya consentido en obligarse para con el autor del hecho mismo, esto no obstante, el legislador, en justo tributo á los principios de la justicia natural, de la equidad y de los intereses sociales, regula las consecuencias del hecho voluntario del hombre, imponiendo una obligación jurídica para con un tercero ó una obligación recíproca entre las partes como efecto legal de la naturaleza de las cosas.

1.255. Estas son las obligaciones de que ahora vamos á ocuparnos.

Son dichas obligaciones esencialmente distintas de las que nacen por virtud de los pactos consensuales y de los contratos, siendo su principal motivo el de que estos últimos tienen su fundamento en la convención, por la que una ó varias personas han

consentido en prestar á otra ú otras una cosa cualquiera relativa á un objeto de interés jurídico; por lo cual puede decirse que es el consentimiento el que hace nacer propiamente la obligación jurídica, mientras los primeros tienen su fundamento en el hecho voluntario del hombre ó en la naturaleza de las cosas, con motivo de las cuales admite la ley el efecto jurídico de la obligación personal, á pesar de que no haya existido para ello ningún acto formal de consentimiento expreso ni tácito por parte de la persona obligada.

El hecho del hombre puede ser lícito ó ilícito, y las obligaciones á que nos referimos se distinguen en dos categorías, la primera de las cuales comprende aquéllas que nacen del llamado cuasi-contrato, y la segunda de las que nacen de los delitos y cuasi-delitos.

Nos ocuparemos separadamente de las obligaciones de una y otra categoría bajo el punto de vista de la ley que debe regirlas.

Hemos dicho que las relaciones jurídicas engendradas por los hechos voluntarios del hombre, sean éstos lícitos ó ilícitos, se derivan de la ley, porque lo que califica la obligación que de ellos resulta, sea entre las partes sea para con un tercero, es precisamente que nace sin sombra de consentimiento expreso ni tácito, puesto que si pudiera suponerse el consentimiento tácito, como éste tendría el mismo valor respecto de la relación obligatoria que el consentimiento expreso, se seguiría de ello que variaría el carácter y naturaleza de la obligación misma haciéndola pasar á la clase ó categoría de aquellas que nacen por virtud de consentimiento (1), esto es, la de las obligaciones jurídicas consensuales de las que hemos hablado en los capítulos precedentes.

Permitásenos repetir que las obligaciones de que ahora vamos á tratar, son precisamente las que se derivan directamente de un hecho positivo y voluntario del hombre sin sombra alguna de consentimiento expreso ni tácito, hecho al cual la ley atribuye

(1) Confr. Huberus, *Instit.*, libro III, tít. XXVIII, núm. 1; Vinnio, *Instit.*, libro III, tít. XXVIII, *Princip.*

el efecto de obligar á su autor ó á las personas que, á consecuencia del hecho mismo, se hallen entre sí en cierta clase de relaciones.

Determinadas y calificadas así las obligaciones jurídicas de que vamos á tratar, y habiendo explicado cómo éstas se derivan directamente de la ley, trátase ahora de determinar cuál debe ser la ley á que deben considerarse sometidas.

§ 1.º

De la ley que debe regir los actos voluntarios lícitos (cuasi-contratos).

1.256. Obligaciones que nacen de los cuasi-contratos y de las diversas formas que pueden afectar.—1.257. Cómo debe determinarse la ley que ha de regir tales obligaciones.—1.258. Opinión de Brocher, Asser, Rocco, Laurent y Weiss.—1.259. Cómo debe plantearse la cuestión á juicio nuestro.—1.260. Observaciones sobre la teoría de Laurent.—1.261. Nuestra opinión.

1.256. Las obligaciones que nacen por autoridad de la ley de los hechos voluntarios lícitos, se denominaron por los jurisconsultos romanos obligaciones contractuales ú originadas por los cuasi-contratos. Creemos inútil ocuparnos de la mayor ó menor exactitud de esta expresión (1).

Nuestro legislador define en el Código civil, los cuasi-contratos en estos términos:

«Art. 1.140. El cuasi-contrato es un acto voluntario y lícito del que resulta una obligación para con un tercero ó una obligación recíproca entre las partes» (a).

El mismo concepto se halla sancionado por el legislador

(1) Confr. Laurent, *Principes de Droit civil*, t. XX, §§ 305 y sigs.; Giorgi, *Teoría de las obligaciones*, t. V, pág. 2; Lomonaco, *De las obligaciones y de los contratos in genere*, t. I, §§ 42 y sigs.

(a) Aunque existe alguna variante en la forma, concuerda en el fondo esta definición del Código italiano con la que da el legislador español en el art. 1.887 de nuestro Código civil.

francés en el art. 1.371, que está conforme con la definición dada por Pothier (1), el cual, después de haber aducido diversos ejemplos de cuasi-contratos, observa que éstos dan idea de ellos y omite hacer la enumeración de los mismos. Conviene recordar que son muchos y diversos los hechos voluntarios del hombre que por virtud de la ley producen relaciones obligatorias independientemente de todo consentimiento expreso ó tácito. Hállanse ejemplos de ellos en muchas materias reguladas en las diversas partes del Código italiano, las cuales pueden considerarse comprendidas en la definición misma del cuasi-contrato dada por nuestro legislador.

Dejemos á un lado la cuestión de si la administración tutelar puede considerarse como un cuasi-contrato, al menos como dice Larombière respecto de la tutela que no hay obligación de aceptar.

Solamente observaremos que ciertas disposiciones relativas á la tutela implican el concepto de la obligación jurídica procedente de la autoridad de la ley; tal es, por ejemplo, la obligación impuesta al menor de tener en cuenta á favor del tutor los gastos hechos por éste durante la administración tutelar cuando aquéllos se consideren útiles al menor (2).

La obligación impuesta al propietario de la cosa de reembolsar los gastos hechos por el que la haya poseído, para conservar y mejorarla, tiene también su fundamento en la ley, y nuestro legislador la ha sancionado en el art. 705 aun respecto del poseedor de mala fe. Lo mismo debe decirse de la obligación impuesta por el que haya recogido los frutos de la cosa, de reembolsar á los terceros de los gastos de cultivo, de las semillas y de los trabajos prestados (art. 445 del Código civil italiano y 548 del francés).

La comunidad hereditaria que procede de la voluntaria aceptación de la herencia por parte de los herederos, da también origen á ciertas obligaciones jurídicas que son consecuencia del

(1) *Traité des obligations*, § 113.

(2) Art. 305 del Código civil italiano; 471 del francés.

condominio; tal es la de contribuir á los gastos necesarios para la conservación de las cosas de la comunidad.

Omitimos enumerar otros actos jurídicos consignados en las diversas partes del Código y de los cuales nacen relaciones obligatorias, y que pueden ser colocados en la categoría de las obligaciones cuasi-contractuales, entendiendo el concepto del cuasi-contrato tal como se halla definido en los Códigos modernos. Nuestro legislador, después de haber dado la definición del cuasi-contrato, sanciona las reglas concernientes á la gestión de los negocios de otro y al pago indebido; pero no vaya á creerse que sólo estos son cuasi-contratos porque únicamente se les asignan reglas especiales expresamente sancionadas para ellos, sino que toda obligación que nace por virtud de la ley y procede de un acto voluntario y lícito del hombre, puede suscitar del mismo modo la cuestión respecto de cuál habrá de ser la ley que deba tener autoridad para decidir si existe la relación obligatoria y cuál debe ser aquélla.

1.257. Habiendo determinado las diversas formas que puede asumir la obligación jurídica sin convención, parece que deben distinguirse los diversos hechos que pueden dar origen á la relación obligatoria cuando se trate de determinar la ley que deba regirla.

1.258. Dos son las opiniones sostenidas respecto de este punto por los escritores.

Brocher, admitiendo, como regla general, el mismo concepto que nosotros hemos desarrollado, á saber, el de que las obligaciones jurídicas que nacen sin contrato son impuestas por la ley que con motivo del hecho voluntario del hombre le atribuye el efecto de la relación jurídica obligatoria, deduce de aquí que, como todo depende de la ley, porque en ella se encuentra la causa de la obligación más bien que en la voluntad de la persona obligada, habrá de admitirse que la ley competente debe ser la del lugar en donde el hecho se haya realizado, por la consideración de que las disposiciones legales sobre esa materia revisten el carácter de reglas de policía y de seguridad, que entran como tales bajo la aplicación del párrafo 1.º del art. 3.º del Código civil italiano.

Asser sigue el mismo camino, sosteniendo que no puede concebirse la aplicación de otra ley que la del lugar en donde haya ocurrido el hecho por consecuencia del cual reconoce la ley el efecto de la obligación que de él resulta; y refuerza su opinión con la autoridad de varios escritores que cita (1).

La misma teoría ha sostenido Rocco en su preciosa obra, sobre el Derecho civil internacional, admitiendo en principio que «las obligaciones que contraen directamente las personas, dependen de las leyes del lugar en que ocurren los hechos, cuando el concurso de éstos es necesario para la existencia de aquéllas» (2).

Laurent, por el contrario, discutiendo acerca de este argumento, parte del concepto de que hay cierta analogía entre los contratos y los cuasi-contratos, y sostiene que el cuasi-contrato se forma porque existe un cuasi-concurso de voluntades; y sostiene que debe recurrirse al concepto de la intención presunta de las partes de querer someterse á una ley determinada, y llega así á justificar la competencia de la ley nacional, en el caso de que las partes sean ciudadanos de un mismo Estado, admitiendo también que la ley territorial puede tener autoridad sólo en el caso de que las partes sean ciudadanos de diversos Estados. El citado escritor había propuesto esta regla en su *anteproyecto de revisión del Código civil*, formulándola del modo siguiente: «Los cuasi-contratos se regirán por la ley personal de las partes, si éstas tienen la misma nacionalidad, y por la ley del lugar en donde aquéllos se forman, si las partes pertenecen á naciones diferentes» (art. 17).

Observa Laurent que el legislador mismo indica que existe analogía entre los contratos y los cuasi-contratos, dando esta última denominación á ciertos hechos que producen obligaciones de la misma índole que los que constituyen los contratos; y fundándose en esto dice que, así como respecto de las obligaciones que nacen por virtud de la convención se determina la ley com-

(1) Asser, *Elem. de Droit int. privé*, § 40.

(2) Rocco, *Derecho civil intern.*, libro II, cap. XLII. V. en el mismo sentido, Foelix, *Droit intern. privé*, § 114; y confr. Bar, §§ 87 y 88.

petente teniendo en cuenta la voluntad presunta de las partes, así también debe existir el principio para determinar la ley competente en el caso de cuasi-concurso de voluntades, y añade, que del mismo modo que el Juez, cuando surge un conflicto de leyes y el legislador no ha dado reglas para resolverlo, debe recurrir á las presunciones fundadas sobre la probable voluntad de las partes, debe hacer lo mismo cuando la cuestión surja con ocasión de un cuasi-contrato. Desarrolla su teoría aplicándola á la gestión de negocios y observando que ésta es casi idéntica al contrato de mandato, y concluye de aquí que del mismo modo que respecto del mandato debe tenerse en cuenta la ley nacional de las partes cuando sean ciudadanos del mismo Estado, deberá procederse de igual manera cuando se trate de la gestión de negocios, fundándose en la probable voluntad de las partes, siempre por la razón de que el cuasi-contrato, á su modo de ver, se forma indudablemente por virtud de un cuasi-concurso de voluntades (1).

Weiss sigue en un todo la teoría de Laurent, admitiendo también la analogía que resulta de la misma denominación entre el contrato y el cuasi-contrato.

1.259. De lo dicho al exponer nuestro modo de ver respecto de las obligaciones que nacen de los actos voluntarios del hombre, se deduce claramente que no seguimos la opinión de los que admiten en esta materia la voluntad tácita de obligarse. En efecto, en los casos en que puede admitirse un cuasi-concurso de voluntades (como suele suceder en ciertas circunstancias en la gestión de negocios), este cuasi-concurso ejerce una influencia decisiva para variar el carácter del acto jurídico, el cual, en consideración precisamente al mencionado cuasi-concurso de voluntades para obligarse, se transforma en mandato tácito, y no puede incluirse en modo alguno en la categoría de las obligaciones que se derivan del acto voluntario del hombre sin convención expresa ó tácita.

No es posible fundarse en la denominación aceptada por la

(1) Laurent, *Droit civil intern.*, t. VIII, §§ 2 y sigs.; Weiss, *Droit int. privé*, 2.^a edición, pág. 645.

doctrina consignada en las legislaciones modernas, esto es, la de cuasi-contrato, para admitir cierta analogía entre las obligaciones que nacen del contrato, entre las cuales existe indudablemente el *animus obligandi*, y las que nacen de los hechos voluntarios licitos, para los cuales se quiere suponer por los que siguen criterio distinto al nuestro, un cuasi *animus obligandi*, por haberseles denominado cuasi-contratos.

Buscando el origen de la denominación puede desecharse este modo de ver (1). En las obligaciones de que aquí nos ocu-

(1) En cuanto a la palabra cuasi-contrato, atendiendo á su formación, puede parecer que debe indicar una forma jurídica semejante al contrato, conviene, sin embargo, tener presente que fué adoptada por Gayo como un expediente para indicar las obligaciones que podían nacer de actos aislados y diformes, respecto de los cuales no podía considerarse fundado el vínculo jurídico ni en el contrato ni en el delito ó cuasi-delito. Habiendo clasificado Gayo las obligaciones *per summam divisionem* en obligaciones *ex contractu* y *ex delicto* (Inst. III, 88), añade á éstas las que como él dice, nacían *ex variis causarum figuris*, y queriendo denotar la fuente de las mismas recurrió al expediente (no hallando otro) de colocarlas entre las originadas *quasi ex contractu*. La expresión así hallada para salir del paso, fué adoptada en la codificación justiniana, y los compiladores de las Instituciones admitieron la cuádruple distinción en obligaciones *ex contractu*, *quasi ex contractu*, *ex maleficio* y *quasi ex maleficio*. Conviene advertir, sin embargo, que habiendo denominado los jurisconsultos romanos á las obligaciones que nacían *ex variis causarum figuris*, obligaciones, *quae quasi ex contractu nascuntur*, no admitieron que respecto de ellas existiese el elemento de la relación consensual. La razón por la que las denominaron así se halla explicada en la siguiente forma: *Post genera contractum enumerata, etiam de iis obligationibus, quae quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur* (Instit. III, XXVIII, princip.). Fué, pues, una expresión impropia y no científica, como hace notar Vinnio, aceptada por la necesidad de las cosas, para mantener la primera división, y por no poder clasificar las obligaciones procedentes de ciertos actos bajo una ú otra de las precedentes categorías. La causa del vínculo jurídico se dijo ya que no era el consentimiento tácito, sino la pública utilidad, y esto se mantuvo en las instituciones respecto del principal cuasi-contrato, que tiene la apariencia de la relación consensual, es decir, de la *negotiorum gestio*, respecto

pamos no puede haber cuestión acerca de la voluntad tácita ó de presunta intención de obligarse, puesto que se derivan del acto jurídico ejecutado voluntariamente por el hombre al que el legislador atribuye la fuerza de obligar al autor ó á las personas que se hallan en una determinada condición ó en cierta relación con el hecho mismo. Debe, pues, admitirse que la causa de la obligación es únicamente la ley, á la cual atribuye tal efecto como consecuencia legal del acto puramente voluntario del hombre.

1.260. Admitiendo este concepto, que elimina por completo la voluntad, no respecto del hecho, sino respecto de la relación obligatoria que de éste nace por virtud de la autoridad de la ley bajo cuyo imperio se ha realizado el hecho, parece que falta por completo la base del razonamiento de Laurent, que se funda en el supuesto de una presunta voluntad tácita é individual de obligarse. La intención del autor del hecho no entra para nada en esta materia; lo ha realizado voluntariamente, ha emprendido del mismo modo la operación, cualquiera que pueda ser su intención, su propósito ó las reservas que pudiese abrigar al emprenderla, la voluntad individual no ha podido ejercer influencia alguna respecto del efecto obligatorio, porque es la ley la que determina y regula esa consecuencia. Es la voluntad legislativa la que únicamente domina y somete la voluntad de las partes interesadas. Es, pues, inútil esforzarse en de-

de la cual se dice en el párrafo 1.º de las Instituciones: *«ex qua causa, si quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Id quod utilitatis causa receptum est»*.

Posteriormente, en lugar de las expresiones *quasi ex contractu* se adoptó la otra *ex quasi-contractu* y algunos de los jurisconsultos modernos, ateniéndose á la denominación, quisieron hallar cierta semejanza entre el contrato y el cuasi-contrato, y esto es lo que ha impulsado luego á Laurent á querer hallar sobre la analogía de la denominación otra entre los dos actos jurídicos.

Teniendo presente la forma como nació la denominación puede rechazarse el argumento fundado en la analogía de aquella á que apelan algunos que, para justificar la teoría, quieren presuponer el consentimiento tácito para hallar así el fundamento racional del cuasi-contrato.

terminar la ley de la obligación fundándose en la probable voluntad de las partes.

No diremos con Brocher que las disposiciones sancionadas en esta materia deben considerarse como reglas de policía y de seguridad, y que, por lo tanto, deben reputarse obligatorias *erga omnes*, porque no es esta la naturaleza y el carácter de la ley. Admitimos, por el contrario, que las disposiciones emanadas de la soberanía territorial, con las cuales ésta regula las consecuencias jurídicas de los actos voluntarios del hombre, se dan siempre ó por motivo de utilidad pública y de la tutela de los intereses sociales (como son todas las obligaciones que siguen al hecho del hombre que ha conservado las cosas en interés de propietario y de los terceros), ó para mantener incólumes los principios de la moral civil ó de las llamadas buenas costumbres, que se resumen en el *honeste vivere*, y que no permiten que uno pueda enriquecerse con perjuicio de otro (como sucede respecto de la obligación de restituir el pago indebido y de aquéllas que se imponen á aquel de quien otro haya gestionado un asunto ventajosamente).

1.261. Admitimos, por consiguiente, que las relaciones obligatorias deban regularse por la ley del lugar en donde ocurra el hecho jurídico á que la ley atribuye tal efecto, porque las disposiciones correspondientes, ó interesan al régimen de los bienes y á la conservación de los mismos para proteger la prosperidad pública y los derechos de todos aquellos que pueden tener un interés en que se conserven y no se deterioren los bienes de que se trate, ó interesan al orden público y á las buenas costumbres.

La autoridad *erga omnes* de estas disposiciones debe admitirse independientemente de la cualidad de ciudadanos ó de extranjeros, lo mismo que la de todas las demás leyes que se refieren á los bienes desde el punto de vista del interés social, ó, en cualquiera otra forma, al orden público y á las buenas costumbres.

El que haya asumido voluntariamente la gestión de un negocio de otro en Italia, deberá considerarse obligado á continuar la ya comenzada y á someterse á todas las consecuencias que se deriven, según nuestra ley, de la operación emprendida, de con-

formidad con lo que dispone el legislador en los arts. 1.141 (a) y siguientes del Código civil, y sin preocuparse de si el interesado es ó no ciudadano y si están ó no conformes con nuestras leyes las de su patria.

Las reglas sancionadas por el legislador relativamente á esta materia no se dirigen sólo á proteger los intereses privados de las partes, sino que miran también á la protección de los intereses sociales. El acto jurídico emprendido bajo el imperio de nuestra ley es el que independientemente de la voluntad individual determina la autoridad de aquella respecto de las consecuencias jurídicas de la empresa comenzada.

El que haya hecho los gastos necesarios para la conservación de la cosa de otro, podrá pedir, aunque sea poseedor de mala fe, que le sean reembolsados por aquel á quien la cosa se restituye. Es esta una ley de orden público sancionada en interés social, y no hay para qué preocuparse de lo que disponga la ley nacional de los interesados.

Lo mismo deberá decirse siempre que se imponga por voluntad legislativa una obligación á aquel que voluntariamente realizó un acto lícito en el territorio del Estado.

Inútil es investigar el probable *animus obligandi*. Si se quisiese indagar una intención sólo resultaría esto: que todo individuo sea ciudadano ó extranjero, tiene la facultad de usar la libertad civil y hacer lo que la ley permite, pero con el deber jurídico de someterse á lo que la ley dispone respecto del ejercicio de dicha libertad civil. Comprendiendo así el *animus obligandi*, se confirma la autoridad de la ley bajo el imperio de la cual se efectúe el acto jurídico ó la empresa, debiendo, en efecto, admitirse, que todo el que use la libertad civil bajo el imperio de una ley realizando voluntariamente un hecho á que la ley atribuye ciertos efectos obligatorios, deberá someterse á cuanto aquélla disponga, porque debe sostenerse por parte de aquél el *animus obligandi*,

(a) Tanto el artículo citado en el texto cuanto el anterior del Código italiano, concuerdan con el 1.874 y con el 1.875 del Código civil español, que son casi una copia literal de aquéllos.

en conformidad con la ley bajo la cual haya usado de la mencionada libertad.

Teniendo en cuenta estos principios, entendemos que el que voluntariamente haya satisfecho en Italia una obligación natural, esto es, que no pueda considerarse como una deuda civil, no podría ser admitido á entablar una acción judicial ante los Tribunales italianos para repetir lo que haya pagado. El art. 1.237 de nuestro Código civil, concordante con el 1.235 del francés, excluye la admisibilidad de la acción en Italia, y no sucederá, á juicio nuestro, que el país en que haya nacido la obligación natural consagre á este respecto la misma regla, como opina Brocher (1). Nosotros vemos, por el contrario, en la disposición del artículo 1.237 (a), una de aquellas leyes que se refieren al orden público y á las buenas costumbres, esto es, á los principios de la moral civil, al *honeste vivere*, y admitimos por esto la autoridad territorial de la ley.

Lo mismo pensamos respecto de la disposición sancionada por el art. 1.311 (b) de nuestro Código, concordante con el 1.340 del francés, y opinamos que, aun en la hipótesis de que se trate de la ejecución voluntaria de una disposición testamentaria por parte de herederos extranjeros, si se quisiera incoar el juicio en Italia para repetir lo que se hubiese pagado, no sería admisible la acción, disponga lo que quiera la ley nacional de las partes, porque se deja ver en la disposición del mencionado artículo 1.311

(1) Obra citada, t. II, pág. 142.

(a) El artículo citado en el texto no tiene precedente concreto en el Código civil español, por más que tengan alguna analogía los artículos 1.157 y siguientes del mismo.

(b) Tampoco este artículo del Código civil italiano tiene concordante concreto en el Código español. Este no incluye, como lo hace el italiano, la nulidad entre los modos de extinguirse las obligaciones. En lo cual creemos que la razón está de parte de nuestros legisladores, por la sencilla razón de que el acto nulo no ha creado en realidad obligación alguna y no hay, por tanto, nada que extinguir.

Sin embargo, en lo relativo á los contratos establece nuestro Código, en su art. 1.311, un precepto que, aunque de carácter más general, es muy análogo al de que se trata.

el carácter de la ley local que debe tener autoridad territorial *erga omnes*.

Concluimos de aquí que la ley que debe regir las relaciones obligatorias que se derivan de los actos jurídicos respecto al autor de éstos y respecto de las personas que por las circunstancias del hecho mismo puedan quedar obligadas, debe ser la *lex loci negotii*.

§ 2.º

Obligaciones que nacen de los delitos y cuasi-delitos.

- 1.262. Fundamento de la obligación jurídica respecto del delito.—1.263. Cómo la obligación es independiente de la voluntad del obligado.—1.264. Ley que debe regir dichas obligaciones.—1.265. Observaciones á la teoría de Laurent.—1.266. En qué casos puede depender de la ley personal la obligación.—1.267. Obligaciones que nacen de los cuasi-delitos contra el orden de la familia.—1.268. Ley que debe regir la responsabilidad del padre de familia.—1.269. De la obligación civil que nace del delito y de su ley reguladora.—1.270. Distinción entre el delito civil y el penal desde el punto de vista de la ley aplicable.—1.271. Aplicación de los principios en caso de seducción.—1.272. Si la acción de parte de la mujer seducida puede entablarse en un país que prohíba la indagación de la paternidad.—1.273. Autoridad de la ley nacional respecto de las obligaciones que nacen del delito.—1.274. De la ley que debe regir la obligación que se deriva del acto ilícito relativo al contrato.—1.275. La distinción entre la culpa Aquiliana y la culpa contractual puede influir para decidir acerca de la competencia del Magistrado.

1.262. Los delitos y los cuasi-delitos deben colocarse entre las causas en que se funda la obligación de resarcir el daño causado.

Bajo las denominaciones de delitos y de cuasi-delitos puede comprenderse cualquier hecho del hombre que ocasione daño á otro, ya se cometa sin mala intención, sino por mera imprudencia temeraria, ya consista en un hecho positivo ó en la omisión

de éste, ó en la propia negligencia ó imprudencia del que lo realice (1).

El fundamento de la obligación jurídica respecto del hecho ilícito se halla en el precepto de justicia social *neminem laedere*. Las leyes civiles han transformado además en deber jurídico todo aquello que se deriva de los preceptos de la justicia natural, sancionando como regla general, según lo han hecho el legislador italiano en el artículo 1.151 de nuestro Código, y el francés en el 1.382, que cualquier hecho del hombre que ocasione daño á otro obliga al primero por culpa del cual haya ocurrido, á resarcir el daño.

Fácil es comprender que esta obligación impuesta por la ley á aquel que haya ocasionado el daño, de resarcir al perjudicado, es una medida de protección, de policía y de seguridad fundada en razones de interés público para impedir toda forma de lesión del derecho ajeno, ya provenga de un hecho positivo, ya de simple omisión, y no sólo en el caso en que el autor del hecho haya obrado dolosamente, sino también cuando el daño que haya ocasionado pueda atribuirse á simple negligencia ó imprudencia.

1.263. Esta obligación se deriva de la ley y es independiente de toda voluntad expresa ó presunta del obligado, y teniendo en cuenta la causa y los fines por los que el legislador la impone, resulta claro que debe regirse por la ley que impera en el territorio en donde haya ocurrido el hecho que ha ocasionado el daño.

Esta es, por lo demás, la consecuencia lógica y necesaria del principio general admitido constantemente en la doctrina y sancionado por todas las legislaciones, á saber, que las leyes penales y las de policía y seguridad tienen autoridad imperativa *erga omnes*.

(1) La negligencia por parte de uno que está obligado á vigilar para que no ocurra un hecho por parte de otro, da origen en los términos establecidos por la ley, á la responsabilidad civil por el hecho de otro. (Confr. arts. 1.153 y sigs. del Código civil italiano y 1.384 y siguientes del francés).

No puede, pues, surgir duda alguna respecto de la autoridad de la ley territorial ni aun de la aplicación de las reglas por ella sancionadas, á todas las personas que hayan tomado parte en el hecho que implica la obligación del resarcimiento del daño por virtud de lo dispuesto por el legislador. Cualquiera que sea, pues, la condición de las personas bajo el aspecto de su ciudadanía, se imponen siempre los preceptos de la ley territorial, ya se trate de delito, ya de cuasi-delito, porque se halla verdaderamente en cuestión el interés público que el legislador ha querido proteger en primer término.

1.264. Algunos escritores opinan que respecto de las obligaciones que nacen del delito ó del cuasi-delito, deben aplicarse las reglas generales que rigen las obligaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley extranjera (1). De este modo se tendería á admitir también en esta materia la preferencia de la ley nacional cuando el autor del daño y el perjudicado sean ciudadanos de la misma patria. Conviene, sin embargo, observar, que no puede admitirse la asimilación, porque en las obligaciones consensuales es la voluntad de las partes y su libre sumisión á una ley dada la que determina su autoridad, por lo que puede admitirse, por virtud de la voluntad tácita de las partes, la preferencia de la ley nacional, á la que puede presumirse que el acreedor y el deudor se han referido, cuando son ciudadanos de la misma patria. Por el contrario, respecto de las obligaciones que nacen del delito ó del cuasi-delito, no entra para nada la voluntad de las partes, porque es la ley la que, con motivo del hecho, debe regular las consecuencias jurídicas y obligar á aquél que haya causado cualquier daño á otro á resarcir el perjuicio ocasionado.

Todo lo dicho respecto del hecho voluntario lícito desde el punto de vista de la ley que debe regir las consecuencias legales, debe aplicarse con más razón al hecho ilícito. El derecho atribuido al perjudicado de obtener el resarcimiento del daño por parte de aquel que lo haya ocasionado, se deriva de la ley

(1) Wachter, *Archiv. für civilische praxis*, tomo XXV, página 390, nota 386.

que, en consideración al acto ilícito del hombre, impone al autor la obligación de indemnizar el daño causado. No puede darse, por tanto, el caso de aplicar en esta materia las leyes que regulan las obligaciones personales, porque éstas dependen de la voluntad expresa ó tácita, y la ley interviene para cumplir aquélla, fundándose su autoridad en la voluntad presunta de las partes mismas.

En materia de delitos y de cuasi-delitos, por el contrario, como no podemos referirnos á la voluntad del deudor ni á la del acreedor, porque están ambas fuera de la cuestión, no hay para qué referirse tampoco á las reglas que rigen la voluntad presunta expresa ó tácita.

1.265. En esta materia estamos de acuerdo con Laurent, que insiste en sostener la diferencia entre la ley que debe regir las obligaciones que nacen del cuasi-contrato y las que proceden del delito ó cuasi-delito, fundándose en que respecto de las primeras debe admitirse el tácito consentimiento, mientras que no puede admitirse en cuanto á las segundas (1). Y tenemos tanta más razón para sostenerlo, cuanto que opinamos que, lo mismo respecto de las unas que de las otras, la obligación nace de la ley, la cual, con motivo del hecho del hombre, determina sus consecuencias jurídicas, por lo que entendemos que no puede contradecirse en modo alguno que la ley del lugar bajo cuyo imperio se haya realizado el hecho ilícito será la que deba regir sus consecuencias respecto de la obligación de resarcir el daño causado.

1.266. Podemos además admitir que en ciertas obligaciones que nacen del cuasi-delito, y para las cuales se impone por la ley la obligación de resarcir el daño en consideración á las relaciones personales, puede ejercer la ley nacional cierta influencia en el caso de que el autor del daño y el perjudicado sean ciudadanos de la misma patria. Puede suceder, en efecto, que el legislador imponga á una persona que se halle en ciertas relaciones con otra, y que obre respecto de ella de un cierto modo, á resarcir el daño causado, sosteniendo que la manera de

(1) Laurent, ob. cit., núm. 10.

obrar del uno constituye un cuasi-delito respecto del otro. En tal caso no puede excluirse la autoridad de la ley territorial, si la acción se ejercita en el mismo lugar en que haya ocurrido el hecho.

El Magistrado local no puede por menos de aplicar la ley de su propio país, debiendo considerarla rigurosamente obligatoria aun en lo que se refiere á la sanción de ciertas medidas de protección respecto del hecho de que se trate. Pero si la cuestión surgiese ante otro Magistrado igualmente competente, no podría sostenerse que éste debiera aplicar la *lex loci*, sino que, por el contrario, parece más conforme á los buenos principios que dicho Magistrado tenga en cuenta el hecho de estar ó no las personas sometidas á la ley local, en cuanto ésta imponga la obligación del resarcimiento del daño fundándose en las relaciones personales entre el autor y el perjudicado, y que, por consiguiente, en la hipótesis de que ambos sean ciudadanos de la misma patria, deba tenerse en cuenta su ley nacional para decidir acerca de la acción propuesta para el consiguiente resarcimiento del daño.

Así, por ejemplo, parece que debe resolverse la cuestión de la acción judicial de daño, fundada en la cohabitación ilícita entre dos personas del mismo país. En el supuesto de que la ley territorial admita en tal caso la obligación de resarcir el daño, no podrá excluirse la autoridad de los preceptos de la misma si la acción se incoase ante el tribunal territorial. Claro es que las leyes territoriales que protegen las buenas costumbres y regulan las consecuencias jurídicas del acto ilícito é inmoral, deben tener autoridad imperativa *erga omnes*, aun en aquello en que impongan la obligación del resarcimiento del daño para poner un freno á las pasiones humanas, y resarcir la ofensa social proveniente del acto inmoral. Pero si la acción se incoase ante el Tribunal de la patria, no podría pretenderse que el Magistrado nacional aplicase la ley extranjera bajo cuyo imperio quisiera sostenerse que se había adquirido el derecho de indemnización. Lo mismo parece que debería sostenerse si la acción se hubiere incoado ante el Tribunal de un tercer Estado é igualmente competente. También éste debería tener en cuenta la ley nacional de las partes

para decidir si con arreglo á ella podía calificarse de cuasi-delito el referido concubinato, en el supuesto de que ambos interesados fuesen ciudadanos de la misma patria.

1.267. Lo mismo deberá decirse de los cuasi-delitos contra el orden de la familia, como sucedería en el caso de adulterio de la mujer, en el supuesto de que la ley reguladora de las relaciones de la familia impusiera al cómplice el resarcimiento del daño inferido al marido, como sucede, por ejemplo, según la ley inglesa. También en este caso la responsabilidad civil por dicho título no podría eludirse si se incoase la acción ante los Tribunales del lugar en que ocurriese el hecho, aunque todos los interesados fuesen ciudadanos de la misma patria, y aunque con arreglo á su ley nacional no estuviese sancionado el resarcimiento del daño.

La razón es siempre la misma, á saber: que las leyes sancionadas por la soberanía territorial en interés de las buenas costumbres, tienen autoridad imperativa *erga omnes*. Por el contrario, en el supuesto de que la acción se incoase ante los Tribunales de la patria de los interesados, una vez admitido que la mujer, el marido y el cómplice sean todos ciudadanos del mismo país, entiendo que la obligación del resarcimiento impuesta al cómplice puede eludirse fundándose en la ley nacional á que estén sometidas las personas por lo que respecta á su estado personal y á las relaciones de familia. Decimos esto, porque así como la obligación de resarcir el daño causado tiene su fundamento en la ley reguladora de la condición de las personas y de las relaciones de familia, así también habrá de apreciarse ante todo por el Juez de conformidad con la ley que deba regir la citada condición y estas relaciones.

Sostenemos, por consiguiente, que el marido inglés ofendido por el adulterio cometido por su mujer en Inglaterra, podría invocar en todas partes la aplicación de la ley inglesa para obtener el resarcimiento del daño por el cómplice, y que el Magistrado competente debería decidir de conformidad con la ley inglesa relativamente á la obligación á aquél impuesta. Admitimos, además, que, si el hecho hubiese ocurrido fuera de Inglaterra, y en el supuesto de que la acción pueda incoarse ante los Tribunales ingleses, podrían éstos aplicar su ley nacional que sanciona la obli-

gación de la reparación civil contra aquel que haya atentado al orden de la familia. Admitimos también que, en la hipótesis de que el hecho haya ocurrido en Italia y que el marido, la mujer y el cómplice sean ingleses, podría el primero ejercitar con éxito la acción de daños contra el último é invocar la ley reguladora de las relaciones de familia y del estado personal para obtener del Tribunal italiano la condena al resarcimiento del daño causado con el adulterio por el cómplice, aunque nuestra ley no reconozca en este caso dicha acción. Pero no admitimos que el marido italiano pueda ejercitar útilmente la acción de daño contra el cómplice de la mujer, también italiano, aunque el adulterio se haya cometido en Inglaterra, sin que obste que, como hemos dicho, si hubiese incoado la acción en la Gran Bretaña, pudiera obtener allí la condena del cómplice al resarcimiento del daño, de conformidad con las disposiciones de la ley inglesa.

1.268. Aplicando los mismos principios, sostenemos que la responsabilidad civil de las personas impuesta por la ley en consideración á las relaciones de familia, como, por ejemplo, la impuesta al padre y á la madre por los daños causados por sus hijos menores que con ellos habiten, por virtud de lo dispuesto en el art. 1.153 del Código civil italiano y 1.384 del francés, deberá imponerse á todas las familias que se hallen en Italia ó en Francia, por virtud de la autoridad territorial *erga omnes* de la ley concerniente á la materia.

Admitimos además que el perjudicado pueda invocar en país extranjero la aplicación de la disposición sancionada por el legislador italiano y por el francés para obtener que el padre, y en su defecto la madre italianos, sean condenados al resarcimiento de los daños ocasionados por sus hijos menores que vivan con ellos, aunque la *lex loci* no tenga una disposición concordante con la sancionada por los Códigos francés é italiano.

1.269. Por lo que se refiere á las obligaciones civiles que racen del delito, opinan algunos escritores que deben depender, no de la ley del lugar en que se hayan cometido, sino de la del fuero competente. Son de esta opinión Wachter y Savigny (1).

(1) Wachter, *Archiv. für civilistische praxis*, t. XXV, págs. 389 y si-

Los citados escritores querrían que se aplicaran en esta materia las reglas que deben regir la imposición de la ley penal respecto al delito cometido. En efecto, Wachter aduce como principal argumento que, así como el Magistrado llamado á juzgar en materia penal debe aplicar la ley vigente en su propio país y no la del lugar en que se cometió el delito, así también deberá suceder lo mismo cuando se trate de determinar la responsabilidad civil que pueda ser consecuencia del delito mismo. Esta argumentación, sin embargo, no parece concluyente, puesto que una cosa es el delito desde el punto de vista de la responsabilidad penal y de la aplicación de la ley escrita al autor del mismo, y otra la responsabilidad civil que pueda ser consecuencia del hecho delictivo.

Bajo el primer aspecto, también nosotros admitimos que la ley que impone la pena para proteger el derecho perturbado no puede tener autoridad extraterritorial, puesto que la justicia, como la acción penal, es territorial; y por consiguiente, dada la competencia del Magistrado para juzgar al que haya cometido un delito en país extranjero, sólo puede juzgar y castigar de conformidad con la ley penal sancionada por la soberanía del Estado en que se siga el juicio. No puede decirse lo mismo de las consecuencias civiles que se deriven del acto delictivo y de la obligación de resarcir el daño causado.

El derecho correspondiente al perjudicado para obtener el resarcimiento del daño mencionado, debe reputarse adquirido por virtud de la ley vigente en el lugar y tiempo en que fué ejecutado el hecho delictivo. Esto debe considerarse como un derecho privado y patrimonial, distinto y separado de la acción penal que somete al delincuente á la pena á fin de reparar las consecuencias sociales y la perturbación consiguiente causada por el delito cometido.

Teniendo presente que este derecho debe reputarse adquirido por virtud de la ley que lo atribuye al perjudicado, parece que el Magistrado competente para juzgarlo deberá también aplicar la

guientes; Savigny, *Tratado de Derecho romano*, t. VIII, § 374. V. en contra, Bar, *Das internat. privat. Undstrafrecht*, § 88.

lex fori á todo aquello que se refiere al juicio penal y á la imposición de las penas; mas para todo lo concerniente á la responsabilidad civil y al resarcimiento del daño, deberá atenderse, por el contrario, á la ley del lugar en donde haya nacido y se haya adquirido, por consecuencia del hecho delictivo, el derecho á dicho resarcimiento.

1.220. Conviene distinguir bien el concepto de delito civil del penal, lo mismo que es muy distinta la responsabilidad en uno ú otro sentido. El delito, desde el punto de vista del derecho penal, se castiga siempre con una pena afflictiva, correccional ó de simple policía, en atención al daño social que ocasiona, pero no siempre puede considerarse como delito civil. La ley penal castiga, en efecto, la simple tentativa, á pesar de que ésta no haya producido daño alguno particular ni patrimonial, como por otra parte pueden existir delitos civiles que no tengan el carácter de delito según la ley penal. Tal sucede, por ejemplo, con el estelionato (1). Decimos esto, porque no es admisible la asimilación que quiere hacerse del delito civil y del penal desde el punto de vista de la ley aplicable al uno y al otro.

Conviene, en efecto, fijarse detenidamente, en que, entre el delito penal y el civil, media una diferencia esencial que consiste en que el primero no existe sino cuando uno haya lesionado dolosamente un derecho protegido por la ley con sanción penal. El segundo, por el contrario, sólo existe cuando el hecho ilícito haya ocasionado lesión actual y efectiva de un derecho privado patrimonial. Del primero se deriva la responsabilidad penal, por virtud de la que el autor de la lesión, ya lo sea como principal ó como cómplice, está obligado á reparar el daño social causado por el delito, mediante la expiación de la pena. Del segundo, por el contrario, se deriva la responsabilidad civil, que consiste en el resarcimiento del daño patrimonial sufrido

(1) Es también un delito civil el previsto en el art. 1.155 de nuestro Código, que declara imputable al propietario que no ha hecho las reparaciones debidas en un edificio, los daños que al arruinarse haya ocasionado, cuando se prueba que la ruina ha sido ocasionada por falta de reparación ó por vicios de la construcción.

por el particular, por lo que la obligación civil del resarcimiento del daño no existe sino en el caso en que éste se haya realmente verificado, y sólo puede extenderse al importe de dicho daño.

De todo esto se deduce que pueden existir hechos ilícitos sujetos á la ley penal, ó porque constituyan un peligro para la sociedad, ó porque turben el orden público ó lesionen los intereses sociales; y que, esto no obstante, dichos actos no dan lugar á responsabilidad social, por la sola razón de que no han producido efectivamente lesión alguna de derechos patrimoniales privados, que es condición *sine qua non* para poder admitirse la responsabilidad *jure civile*; como, por otra parte, pueden darse innumerables casos de daños ocasionados á las personas, á los bienes y á los derechos patrimoniales, que constituyen un delito civil, que no tengan carácter de delito penal.

Un ejemplo del primer caso es el delito de asociación para delinquir, que es severamente castigado, aun en la hipótesis de que los asociados no hayan podido ejecutar su convenio, y no hayan causado ningún daño material á la propiedad ni á las personas, á consecuencia de haber sido descubiertos por la justicia antes de haber ejecutado su nefando proyecto.

Muchos ejemplos podríamos aducir para confirmar el segundo caso: las perturbaciones de posesión, el secuestro injusto, la alteración de linderos, los daños ocasionados mediante cualquier clase de abuso de nuestra propiedad, etc., son hechos que tienen carácter de delito civil, sin que tengan en modo alguno el de delito penal.

La distinción hecha por nosotros debe tenerse presente, porque, tratándose de dos cosas esencialmente distintas, se sigue que son diversos los principios relativos á la ley que debe regir la obligación, la acción y las consecuencias que de ellas pueden derivarse.

Cuando el hecho ilícito constituya delito, como la acción penal y la civil se referirán al mismo hecho, pueden ejercitarse simultánea ó separadamente. Cuando esto ocurra en el mismo lugar en que el hecho ilícito se haya efectuado, como la ley del lugar donde se ha cometido el delito coincidirá con la *lex fori*,

quedará eliminada toda cuestión relativa al conflicto de la ley reguladora.

Puede, por el contrario, ocurrir que la acción penal venga á ejercitarse en otro país, lo cual podrá efectuarse en todos aquellos casos en que, admitiéndose la autoridad extraterritorial de la ley penal, deba admitirse la concurrencia de la jurisdicción territorial y de la extraterritorial. En este caso puede surgir la cuestión de si la ley según la cual ha de determinarse la responsabilidad penal, debe también aplicarse para determinar la responsabilidad civil y la obligación del resarcimiento del daño ocasionado con el delito.

Teniendo presente la distinción hecha por nosotros, y considerando que el objeto de la acción penal y el de la civil por el resarcimiento del daño por su naturaleza, por su objeto y por las reglas que rigen su ejercicio, no es dado admitir que pueda eliminarse toda dificultad refiriéndose en todo á la ley vigente en el lugar en que se sigue el juicio. Aun en la hipótesis de que la acción civil para el resarcimiento del daño se haya ejercitado en el mismo juicio penal por haberse mostrado parte civil el perjudicado, no pueden admitirse las cuestiones relativas al ejercicio de la acción entre las que regulan la acción civil y la penal, en caso de que ambas concurren; las relativas á la admisibilidad de la acción y concernientes en general al fondo del derecho, deben resolverse con arreglo á la *lex fori*. Conviene tener presente, que siendo la acción civil y la penal distintas y de diversa naturaleza, las reglas que regulan el ejercicio de una y otra en las relaciones internacionales no pueden ser las mismas, y que las dos acciones no deben someterse por completo al derecho territorial.

No es este el lugar más oportuno para entrar en el fondo de este asunto. Trataremos de él en el tomo relativo al Derecho penal internacional (1); sólo queremos advertir que, debiendo estimarse como cosa cierta que la autoridad de la ley penal es territorial, se sigue de aquí que, aun cuando el Magistrado de

(1) V. mi obra *Efectos internacionales de las sentencias y de los actos*, Parte 2.^a, *Materia penal*.

un país pueda considerarse competente para juzgar por la vía penal un hecho delictivo cometido en el extranjero, no deberá decidir acerca de la culpabilidad del inculcado ni imponer la pena, sino de conformidad con la ley de su propio país; de donde se sigue que, para la responsabilidad penal, todo debe estar sometido á la *lex fori*.

Por el contrario, en cuanto á las obligaciones civiles, no puede prohibirse al Magistrado decidir con arreglo á la ley extranjera bajo cuyo imperio haya nacido la relación obligatoria entre las partes interesadas, por lo cual no deberá sostenerse que la acción civil que nace del perjuicio haya de regirse en todo por la *lex fori*, por la circunstancia de que dicha acción se ejerza con motivo de un juicio penal.

Aquí nos limitamos á concluir que, respecto de la responsabilidad penal, la ley debe tener carácter estrictamente territorial, porque tal es el del juicio penal, del que se sigue que todo debe estar sometido á la *lex fori*, en el supuesto de que el Juez sea competente. Respecto de la responsabilidad civil, por el contrario, puede admitirse, sin ofensa para los principios de la justicia, que deben regir la autoridad de las leyes y el orden de los juicios, que la ley del lugar donde el hecho ha ocurrido y que atribuye á la parte perjudicada el derecho de reparación civil del daño sufrido, puede regir las consecuencias del hecho mismo, aun cuando el juicio penal se siga ante el Magistrado de un país distinto.

1.271. Aplicando los principios expuestos, nos parece razonable admitir que, si un italiano, por ejemplo, hallándose en Austria, hubiese seducido allí á una mujer y procreado con ella un hijo, podría ser condenado al resarcimiento del daño con arreglo á lo que dispone la legislación austriaca, que califica tal hecho de delito civil aun cuando no tenga carácter para ser castigado como delito según la ley penal.

En el Código civil austriaco hay un capítulo verdaderamente importante (1), en el que se sancionan las reglas relativas á la

(1) Capítulo XXX de la 2.^a parte, arts. 1.293 á 1.341.

responsabilidad civil que se derive de una acción ú omisión injusta, dolosa ó de evidente negligencia.

En el art. 1.328 dice el legislador de aquel Imperio: «El que seduce á una mujer y procrea con ella un hijo, debe costear los gastos del parto y del puerperio y cumplir las demás obligaciones de padre determinadas en el cap. III de la primera parte de este Código».

En el lugar indicado dispone el mencionado Código austriaco (arts. 165 y 166): «Los hijos ilegítimos no gozan generalmente de los derechos de familia ni de los de consanguinidad. Tienen, sin embargo, derecho á exigir de los progenitores alimentos, educación y posición social proporcionada á la fortuna de éstos.... no están sujetos á la patria potestad de los que los hayan engendrado; pero deberán ser asistidos y estar representados por un tutor».

1.272. Es indudable que si la acción para el resarcimiento del daño se propusiese ante el magistrado austriaco, no podría éste proceder sino con arreglo á las disposiciones sancionadas por su legislador. La duda podría surgir si la acción se hubiese propuesto ante un Tribunal italiano. ¿Procedería en este caso rechazar la acción? ¿Podría alegarse que no sólo no estaba fundada en la ley italiana, sino también que era inadmisibles porque tendía á establecer la investigación de la paternidad? ¿Sería un obstáculo la prohibición sancionada en el art. 189 de nuestro Código civil que prohíbe esta indagación?

A primera vista podrá parecer bien fundada, en Italia, la excepción de la inadmisibilidad de la acción por parte de la mujer seducida; pero á nosotros nos parece preferible sostener lo contrario.

En efecto, supongamos por un momento que se trate de un delito civil cometido por un italiano en Austria bajo el imperio de la ley de este país. Ya hemos demostrado que siempre que se trate de un hecho voluntario realizado á conciencia en un país en donde esté en vigor la ley que califique tal hecho imputable á su autor, y lo declara responsable del daño ocasionado, imponiéndole la obligación del resarcimiento, el derecho á la indemnización adquirido por el perjudicado deberá determinarse

y reconocerse con arreglo á la ley del lugar en donde haya tenido su origen, aunque la cuestión venga á plantearse ante un magistrado de distinto país. En el caso propuesto, puede, sin embargo, alegarse que es un obstáculo el art. 189 de nuestro Código civil que prohíbe la indagación de la paternidad, y como no puede dudarse que dicha disposición se halla entre las que afectan al interés y al orden público, parecerá completamente claro que no es lícito derogar la prohibición invocando la aplicación de la ley austriaca.

Observamos, sin embargo, que esto sería exacto si se quisiera incoar la acción por parte del hijo para descubrir al padre natural, ó si la acción incoada para obtener la indemnización debida por el daño causado por la seducción pudiera ser eficaz para establecer la relación de la paternidad y de la filiación natural con todos los efectos legales que de tal relación se siguen en el sistema sancionado por el legislador italiano. Si tal fuese el estado de cosas, admitiríamos también nosotros, sin ninguna vacilación, que la excepción de inadmisibilidad de la acción debería considerarse completamente bien fundada, y que como tal debería ser admitida.

Pero debe advertirse que en el sistema del Código civil italiano la condición jurídica de hijo natural se funda completamente en la relación de consanguinidad, y que el legislador prohíbe las indagaciones, porque los vínculos de la sangre no pueden establecerse eficazmente mediante la prueba, salvo los casos excepcionales previstos en el art. 189.

La acción de la mujer seducida, tal y como nosotros la hemos considerado planteada, no se referiría á establecer la condición de filiación natural respecto del hijo procreado por consecuencia de la seducción, sino que tendería á obtener el resarcimiento del daño por parte del autor, que voluntariamente y á conciencia cometió el acto ilícito bajo el imperio de la ley austriaca, que regulando las consecuencias jurídicas impone al autor la obligación del resarcimiento. Entendemos que en este caso no puede reputarse lesionado el orden público, como sanciona el sistema de la legislación italiana, porque nuestro Magistrado reconozca y declare las consecuencias legales del acto

ilícito ejecutado por un italiano en territorio extranjero, aplicando la ley del país en donde se ejecutó, ni porque en el supuesto de que el autor del hecho sea responsable civilmente del daño con arreglo á la ley extranjera, aplique dicha ley y lo condene.

Conviene tener en cuenta que la acción de la mujer, en el caso por nosotros propuesto, no tendría por objeto pedir al magistrado italiano una sentencia que declarase el estado de hijo natural del nacido en Austria, respecto al italiano por quien se alegue haber sido procreado. Esta acción no sería admisible, porque en el sistema de nuestro Código civil la condición de hijo natural se funda en la relación de consanguinidad, y no puede comprobarse sino por virtud del reconocimiento legal. La acción incoada tendería, pues, á probar el acto ilícito, al solo objeto de obtener la indemnización debida. El magistrado italiano, por consiguiente, no decidiría nada respecto del estado personal ni de los efectos civiles que de él se sigan según la ley italiana. Sería llamado únicamente á conocer y declarar las circunstancias del hecho ilícito que existan, según el concepto mismo sancionado por el legislador austriaco, en la relación de consanguinidad. En aquel sistema legal la obligación de la indemnización existe, en efecto, respecto de padre probable, porque dicha obligación se deduce de la seducción. La mujer corrompida por las malas artes del hombre ha podido quedar en cinta por hecho de otro, pero el seductor no deja por eso de ser el responsable.

Considerando, pues, que la sentencia del magistrado italiano nada decidiría respecto del estado personal, y que reconociendo también que la mujer seducida haya procreado un hijo, nada decidiría respecto de la relación de consanguinidad ni de la paternidad con arreglo al concepto del legislador italiano, sino que únicamente reconocería las circunstancias de hecho efectuadas bajo el imperio de la ley extranjera, á fin de regular las consecuencias legales de esas mismas circunstancias de conformidad con la ley vigente en el lugar en que tuvieron efecto ó se realizaron, por estos motivos sostenemos que el magistrado italiano, sin derogar las leyes de nuestro país, podría admitir la deman-

da, en el caso propuesto, y condenar al autor del hecho ilícito al resarcimiento del daño.

1.223. Estimamos oportuno advertir, que cuando pueda atribuirse autoridad á la ley nacional relativamente á las obligaciones que nacen del delito, y se esté en el caso de juzgar á un ciudadano por un delito cometido por él en territorio extranjero, dado que las consecuencias jurídicas relativas al resarcimiento del daño que se deriva del hecho delictivo según la ley nacional, fuesen más graves que las previstas por la ley del lugar donde se cometió el delito, podría el Magistrado nacional aplicar la ley del propio país á las consecuencias jurídicas del delito cometido y á la obligación de resarcir el daño. Decimos esto, porque sostenemos siempre como regla general que el ciudadano debe estar sometido á las leyes de su patria para todas las consecuencias que pueden derivarse del hecho ilícito por él cometido, y así como éste lleva consigo á todas partes el carácter nacional, así también debe estar sometido á los preceptos imperativos de la ley de su patria en cuanto ésta determina y regula las consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos por él cometidos en el extranjero.

1.224. La responsabilidad civil de que hasta ahora nos hemos ocupado no debe confundirse con la que puede tener también el carácter de hecho ilícito, pero que se refiere al contrato, lo cual consiste en el incumplimiento culpable de la obligación contractual.

Este incumplimiento es también un hecho ilícito y lleva consigo la obligación de resarcir los daños como reparación de la ofensa hecha al contrato é imputable al deudor. Sin embargo, lo uno es muy distinto de lo otro, porque no son las mismas las reglas que deben regir la autoridad de la ley respecto de la responsabilidad civil y contractual y de la que se denomina comúnmente responsabilidad *Aquiliana* (en memoria de la *lex Aquilia*) y que nace á consecuencia del acto que la ley declara civilmente imputable en atención á la culpa cometida por el que es autor del mismo.

La responsabilidad civil contractual, que tiene su fundamento en el contrato, debe determinarse y regirse por la ley á que

el contrato mismo deba estar sometido. Conviene, pues, referirse á la *lex loci contractus* para decidir si la pretendida indemnización puede ó no considerarse fundada y cualquier otra cuestión relativa al *an debeatur*.

La distinción hecha puede tener su importancia en la práctica. No todas las leyes admiten las mismas reglas relativas á la culpa contractual. Puede haber y hay gradaciones respecto de ésta, y reglas especiales para determinar cuándo la falta de diligencia por parte del deudor puede constituir la culpa contractual á él imputable. Respecto á la responsabilidad que se deriva del hecho del hombre, existen leyes que reconocen la responsabilidad civil como consecuencia de la imprudencia, según ocurre en el artículo 1.153 del Código italiano. Es, pues, evidente que para decidir la cuestión *an debeatur* por un acto realizado en Italia, y por el que uno se considere perjudicado, en el supuesto de que el hecho sólo sea imputable por imprudencia, debe examinarse ante todo atentamente si la responsabilidad civil se refiere á un contrato ó nace á consecuencia de un hecho del hombre. Admitiendo la hipótesis de que se refiera á un contrato hecho en país extranjero, convendrá atenerse á la *lex loci contractus* para decidir el *an debeatur*, esto es, si por el hecho de la imprudencia en la ejecución del contrato puede ó no admitirse una responsabilidad civil imputable al deudor.

También puede la distinción ejercer influencia decisiva para decidir acerca de la carga de la prueba. En el art. 1.225 del Código civil italiano dispone nuestro legislador: «El deudor será condenado al resarcimiento de los daños, tanto por el incumplimiento de la obligación, cuanto por el retraso en ejecutarla, cuando no pruebe que dicho incumplimiento y retraso proceden de una causa ajena, y no imputable al mismo, aunque no haya intervenido por su parte mala fe».

Si se tratase, pues, de un contrato regido por la ley italiana, la obligación al resarcimiento del daño (cualquiera que fuese el lugar en que se ejecutase la sentencia ó en que hubiese ocurrido el hecho alegado como ofensa al contrato, á fin de fundar en él la obligación al resarcimiento del daño), debería determinarse ateniéndose á lo que dispone la ley italiana, puesto que tra-

tándose de culpa contractual la cuestión *an debeat* surgida entre el acreedor y el deudor, habría de resolverse de conformidad con lo establecido por el Código civil italiano (que sería la *lex loci contractus*) para las obligaciones contractuales. De aquí que como nuestra ley en materia de contratos admite que el deudor es responsable hasta que se pruebe que el incumplimiento por su parte ha tenido lugar por caso fortuito ó por fuerza mayor, hasta que se dé esta prueba, repetimos, la obligación de indemnizar puede imponerse á aquél que disponga la *lex fori*.

Si se tratase, por el contrario, de la responsabilidad Aquiliana, como la carga de la prueba incumbe á aquél que pide el resarcimiento del daño por un acto culpable ó imprudente, el que demanda deberá probar primero quién es el autor del hecho, y después la culpa, la negligencia ó la imprudencia por parte del mismo.

1.235. La distinción hecha por nosotros puede tener además bastante importancia para decidir acerca de la competencia del Magistrado para conocer y juzgar la cuestión relativa al resarcimiento del daño.

En efecto, si la acción pudiera considerarse fundada en la ofensa inferida al contrato, y si se tratase de responsabilidad contractual, podría indudablemente sostenerse que pudiera atribuirse la competencia al Magistrado del país en donde se celebró el contrato. Por el contrario, si se tratase de culpa derivada del delito y por consiguiente de responsabilidad aquiliana, no se podría sostener que fuese competente para juzgar de ella el Magistrado del país en donde el contrato se perfeccionó, sino el del lugar en donde se cometió el delito ó el del domicilio del autor del mismo.

Suscitóse en esta materia una grave cuestión á propósito del abordaje ocurrido en las aguas de Inglaterra del vapor inglés *Utopia*, que transportaba á América 500 pasajeros italianos. Este abordaje decíase que había ocurrido por impericia del Capitán. Incoada la acción para obtener el resarcimiento de daños ante el Tribunal de Nápoles, donde se había hecho el contrato de fletamento, se promovió la cuestión de competencia del Juez

ante quien se propuso la demanda y fué ampliamente discutida. Los actores se propusieron sostener que se trataba de culpa contractual, porque en el contrato de fletamento hecho en Nápoles debía considerarse implícitamente convenido que el Capitán del buque asumía la obligación, salvo el caso de fuerza mayor, de transportar á los pasajeros sanos y salvos á América, navegando hacia aquel país con arreglo á los preceptos del arte, y observando las reglas de la navegación, y que, por consiguiente, había violado las leyes del contrato y debía admitirse una responsabilidad contractual á su cargo.

No es este el lugar oportuno para discutir extensamente esta materia. Hemos querido únicamente llamar la atención á fin de mostrar que conviene ó no distinguir atentamente si se trata de culpa contractual ó de culpa aquiliana por las consecuencias que de ella pueden derivarse desde el punto de vista de la ley que debe regir la responsabilidad civil.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE

ÍNDICE DE MATERIAS

LIBRO IV

DE LOS DERECHOS QUE SE DERIVAN DE UNA OBLIGACIÓN

Páginas.

992. Nociones generales.—993. Orden que debe seguirse. 7

CAPITULO PRIMERO

De las capitulaciones matrimoniales.

994. Concepto de este contrato.—995. El régimen de los bienes de los cónyuges interesa al derecho social.—996. Las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges deben regirse por la misma ley.—997. Cuestiones que pueden surgir cuando se estipulen en el extranjero las capitulaciones matrimoniales. 10

§ 1.º

De las condiciones esenciales para la validez de las capitulaciones matrimoniales.

998. Cuestión acerca de la importancia que puede tener la autonomía de los contrayentes.—999. Doctrina de Laurent. 1.000. Teoría de los escritores de la Edad Media.—1.001. Nuestra opinión.—1.002. Las relaciones patrimoniales de los cónyuges deben regirse por la ley del Estado de que es ciudadano el marido.—1.003. Teoría que atribuye esta autoridad á la ley del domicilio.—1.004. Solución de la cuestión según la jurisprudencia francesa.—1.005. Cómo se ha resuelto la cuestión en Suiza.—1.006. Observaciones críticas sobre el sistema que admite la preferencia de la ley del domicilio.—1.007. Es siempre indispensable establecer la unidad del sistema legislativo.—1.008. Casos en

Páginas.

que el domicilio conyugal puede considerarse decisivo.—1.009. Del valor que puede tener la intención de las partes.—1.010. Teoría de los Tribunales franceses respecto de este punto.—1.011. Consecuencias de la doctrina admitida por la jurisprudencia 14

§ 2.º

De la inmutabilidad de los convenios matrimoniales.

1.012. Concepto de la inmutabilidad del régimen matrimonial.—1.013. Nuestra teoría sobre la autoridad de la *lex rei sitae* respecto de las relaciones patrimoniales de los cónyuges.—1.014. Confirmación de la misma con la autoridad de los escritores y de la jurisprudencia.—1.015. Observaciones sobre la sentencia de la Audiencia de París de 5 de Febrero de 1887.—1.016. Principios establecidos en la jurisprudencia de otros países.—1.017. De la facultad de cambiar las capitulaciones matrimoniales.—1.018. Concepto de la regla de la inmutabilidad y consecuencias que de ella se pueden deducir.—1.019. Aplicaciones hechas por nosotros á la cuestión del acrecentamiento de la dote.—1.020. El derecho de los cónyuges enfrente del de terceros.—1.021. Se confirma nuestra teoría con la autoridad de la jurisprudencia más reciente.—1.022. Se resumen los principios relativos á ella 37

§ 3.º

Efectos de la naturalización respecto de las capitulaciones matrimoniales y de los derechos de los cónyuges relativos á los bienes.

1.023. De la naturalización de los cónyuges extranjeros con relación al régimen de los bienes.—1.024. Teoría aceptada por los juristas antiguos y por la jurisprudencia en la hipótesis del cambio de domicilio conyugal.—1.025. Cómo ha sido resuelta la cuestión en los tiempos modernos en caso de cambio de nacionalidad.—1.026. Distinciones necesarias para determinar la autoridad de la ley de la patria originaria y de la de elección.—1.027. Los derechos contractuales perfectos deben distinguirse de las esperanzas y de las meras facultades legales.—1.028. De las relaciones patrimoniales acerca de la capacidad de los naturalizados.—1.029. Si la controversia acerca de la enajenabilidad ó inenajenabilidad de los bienes dotales puede ser considerada como cuestión de capacidad.—

Páginas.

1.030. Se determina la autoridad de la ley de la patria originaria respecto de las relaciones patrimoniales de los cónyuges naturalizados y de los derechos que les corresponden.—1.031. De la autoridad de la ley de la patria originaria y de la de elección en las controversias que puedan surgir en la comunidad.—1.032. Aplicaciones de los principios en las controversias que puedan surgir en el régimen dotal.—1.033. En las controversias acerca de los gananciales.—1.034. En el sistema de la separación de los bienes.—1.035. Los principios expuestos son válidos también en el sistema que considera decisiva la ley del domicilio 54

§ 4.º

Forma del contrato de capitulaciones.

1.036. El principio *locus regit actum* se aplica á la forma del contrato de capitulaciones.—1.037. Con qué limitaciones debe entenderse dicha regla.—1.038. Si puede ser válido el contrato de matrimonio hecho por escritura privada en el extranjero.—1.039. Del valor extraterritorial de un contrato de matrimonio legalmente hecho con la forma de documento privado.—1.040. Del contrato de matrimonio estipulado en el extranjero con las formas prescritas por la ley de la patria de los cónyuges.—1.041. Cómo para los derechos sobre las cosas inmuebles puede ocurrir que se siga la ley territorial 71

CAPITULO II

De la compra y venta.

1.042. Orden del tratado 82

§ 1.º

De la ley que debe regular las condiciones para la validez de la venta.

1.043. Cuestiones que pueden surgir de la venta sujeta á diferentes leyes.—1.044. De la capacidad de las personas que pueden comprar y vender.—1.045. Autoridad de la prohibición de ser compradores prescrita por la ley respecto de ciertas personas.—1.046. Del padre italiano ó francés que quiera comprar los bienes del hijo existentes en Francia ó en Italia.—1.047. Principios generales acerca de la ley que debe regir las incapacidades especiales

Páginas.

para comprar y vender.—1.048. Cómo debe resolverse la cuestión acerca de las cosas que pueden venderse.—1.049. Aplicaciones de los principios en caso de venta de cosa ajena.—1.050. De la venta de cosa declarada fuera de comercio según la *lex rei sitae*.—1.051. De la venta de los títulos de lotería.—1.052. Venta de cosa que luego sea declarada fuera de comercio.—1.053. Reglas generales sobre el contenido de las obligaciones y su cumplimiento..

83

§ 2.º

De la ley que debe regular las obligaciones del vendedor.

1.054. Se examina la cuestión del contenido de las obligaciones respecto del vendedor.—1.055. Cómo debe distinguirse el contenido de las obligaciones en las relaciones personales con el comprador y respecto de los derechos sobre la cosa que haya formado el objeto de la venta.—1.056. Deben aplicarse los mismos principios en el caso de venta de cosas muebles.—1.057. Ley reguladora de la entrega.—1.058. De la ley que debe regular la entrega por parte del vendedor.—1.059. Diversos puntos de vista desde los cuales puede considerarse el hecho de la entrega y determinación de la ley que debe regularla.—1.060. Si puede obligarse al vendedor á efectuar la entrega.—1.061. Del aplazamiento.—1.062. De la interpelación por la mora.—1.063. De la imposibilidad de entregar la cosa.—1.064. De las cosas accesorias respecto de las que puede admitirse la obligación de entregar.—1.065. Cómo debe determinarse la cantidad de la cosa vendida.—1.066. De los gastos ocasionados por la entrega.—1.067. Cómo puede la cuestión del riesgo influir en la decisión sobre quién debe soportar los gastos de transporte.—1.068. Obligación de la garantía impuesta al vendedor.—1.069. Autoridad de la *lex loci contractus* y de la *lex rei sitae* en caso de evicción.—1.070. De la ley que debe determinar la naturaleza de la acción de garantía y término para ejercitarla.—1.071. De la influencia que puede ejercer la *lex rei sitae* respecto de la obligación de garantía.—1.072. De la garantía relativa á los vicios y defectos ocultos de la cosa.....

95

§ 3.º

De la ley que debe regular las obligaciones del comprador.

1.073. Cómo debe determinarse el lugar en que el compra-

Páginas.

dor debe pagar el precio.—1.074. Cómo pueden resolverse las dudas al determinar el lugar en que debe juzgarse ejecutado el contrato.—1.075. De la ley que debe regular la mora.—1.076. De la obligación de abonar los intereses por la falta de pago.—1.077. De la ley por la que debe determinarse la moneda para efectuar el pago.—1.078. Del aplazamiento y suspensión de pago.....

117

§ 4.º

De la ley que debe regular la rescisión de la venta.

1.079. De la ley que debe regular la rescisión de la venta por falta de pago.—1.080. Autoridad de la ley territorial respecto de los derechos adquiridos por los terceros.—1.081. Si deben valer los mismos principios en caso de venta de cosas muebles.—1.082. Ley según la que debe determinarse el plazo para ejercer la acción de rescisión.—1.083. Aplicación de los principios en los casos de venta condicional.—1.084. Cómo pueden ser modificados los principios acerca de la acción rescisoria cuando los terceros estén interesados en ella.—1.085. De la ley que debe regular las consecuencias del rescate respecto de terceros.

124

§ 5.º

De la ley que debe regular la rescisión de la venta.

1.086. Cómo las leyes han regulado de distinto modo la rescisión de la venta por lesión.—1.087. Divergencias entre los escritores acerca de la ley por que debe regirse la lesión.—1.088. Opinión expresada por nosotros acerca de esto, y observaciones sobre la crítica que de ella ha hecho Laurent.—1.089. Cómo se justifica la rescisión de la venta por causa de lesión.—1.090. Cómo debe plantearse la cuestión desde el punto de vista de la ley que debe regir tal causa de rescisión.—1.091. Opinión nuestra.—1.092. Si puede aplicarse la *lex rei sitae* cuando ésta sea más favorable para el vendedor.—1.093. Cómo deben aplicarse los principios en la hipótesis de que los terceros estén interesados en la cuestión de que se trate.....

135

§ 6.º

De la ley que debe regular la cesión de los créditos ó de otros derechos.

1.094. Concepto de la cesión.—1.095. De la ley según la que debe determinarse la validez de la cesión con relación á

la capacidad y al objeto.—1.096. Del contenido de este contrato.—1.097. Aplicación de los principios al caso de cesión hecha en Francia ó en Italia.—1.098. De la cesión de derechos reales.—1.099. Son diversas las leyes acerca de la eficacia de la cesión respecto de los terceros. 1.100. De la ley por que debe regirse la eficacia de la cesión: nuestra opinión: crítica de la de Laurent que la contradice.—1.101. Se aclara y se confirma la teoría. 147

CAPITULO III

Del contrato de arrendamiento.

1.102. Razón de método. 158

§ 1.º

De la ley que debe regular el arrendamiento de las cosas.

1.103. Analogía del arriendo con la venta.—1.104. Ley que debe regular la capacidad de las partes.—1.105. Del arriendo de los inmuebles.—1.106. De la ley que debe regular la naturaleza del contrato.—1.107. Son diferentes los principios según los que debe resolverse la cuestión acerca de la naturaleza del derecho resultante del contrato.—1.108. Forma del contrato de arrendamiento.—1.109. Autoridad de la *lex rei sitae* acerca de esto.—1.110. Del contenido esencial de las obligaciones del arrendatario y del inquilino.—1.111. Autoridad de la ley en caso de incendio de la cosa arrendada.—1.112. Cuándo debe admitirse la autoridad de la *lex rei sitae*.—1.113. Cuándo puede considerarse ineficaz el contrato estipulado en el extranjero.—1.114. De la rebaja del precio del arrendamiento por consecuencia de la pérdida de la cosecha.—1.115. De la venta de la cosa arrendada ocurrida durante el arrendamiento.—1.116. Autoridad de la *lex rei sitae* y de la *lex loci contractus* en las cuestiones entre el vendedor, el comprador y el arrendatario 158

§ 2.º

Del arrendamiento de servicios.

1.117. Del arrendamiento de servicios y de industria en las relaciones con la ley que debe regularlo.—1.118. Cómo debe determinarse la naturaleza propia de este contrato. 1.119. Eficacia de los convenios por parte de los domésticos y operarios.—1.120. De la prueba de este contrato. 1.121. Del contrato de transporte de personas ó de cosas.

1.122. Cómo debe determinarse la autoridad respecto del contrato y de la forma de éste.—1.123. De la responsabilidad del empresario y del valor de los reglamentos.—1.124. Cuándo deben reputarse ineficaces los contratos impresos.—1.125. Cuestiones sobre el cumplimiento del contrato de transporte.—1.126. Principios concernientes á los contratos de los empresarios de obras por adjudicación. 174

CAPITULO IV

Del contrato de sociedad.

1.127. De las diversas formas de sociedad y de sus relaciones con las leyes.—1.128. Objeto del tratado.—1.129. Bajo qué respecto debe atribuirse autoridad á la ley del país en que la sociedad esté constituida.—1.130. Decisión del Tribunal de Casación francés.—1.131. Justas limitaciones de la ley extranjera bajo la cual se concluyó el contrato de sociedad.—1.132. Ley que debe regir las relaciones recíprocas de los asociados y de los accionistas. 1.133. Autoridad de la ley del país en donde la sociedad realiza sus operaciones.—1.134. Cómo debe determinarse el carácter de una sociedad extranjera y cuándo puede reputarse lícita.—1.135. Determinación de la autoridad de la *lex loci contractus* y de la ley territorial.—1.136. De la administración de los asuntos sociales en sus relaciones con la ley.—1.137. Los terceros pueden siempre invocar la aplicación de la ley territorial.—1.138. Debe decidirse con arreglo á ésta cuando las acciones pueden ser comerciales.—1.139. Se consignan los principios relativos á los actos de administración en su relación con la sociedad, y con las obligaciones de los socios, y con los extraños á la sociedad.—1.140. Forma del contrato de sociedad 187

CAPITULO V

Del contrato de mandato.

1.141. El mandato puede considerarse bajo diversos aspectos.—1.142. Autoridad de la ley personal.—1.143. Cómo puede establecerse la relación convencional.—1.144. Cuándo debe considerarse ultimado el contrato.—1.145. La ley que debe regir el mandato y sus efectos es distinta según el punto de vista desde el cual puede ser conside-

Páginas.

rado.—1.146. Interesa determinar el lugar en que el contrato debe considerarse perfeccionado.—1.147. Nuestra opinión.—1.148. Examen crítico de la opinión contraria de Laurent.—1.149. Se confirma y explica nuestra opinión.—1.150. Cuando se haya ejecutado el mandato quién debe considerarse obligado respecto de los terceros.—1.151. Se examina el caso de haberse excedido en el mandato con la ratificación del mandante.—1.152. Deben aplicarse las mismas reglas en la hipótesis de que el mandatario asuma la posición de tercero.—1.153. Autoridad de la ley bajo cuyo imperio se confirió el mandato.—1.154. Cesación del mandato: dudas que pueden surgir con motivo de la muerte del mandante.—1.155. Los terceros pueden atenerse siempre á la ley territorial.—1.156. De la forma de este contrato.....

206

CAPITULO VI

De la transacción.

1.157. Concepto de la transacción.—1.158. Determinación general de la ley por que debe regirse.—1.159. Cómo se aplica á ella la regla *locus regit actum*.—1.160. De la ley que debe regir el objeto de la transacción.—1.161. Autoridad de la *lex fori* en esta materia.—1.162. De los efectos de la transacción.—1.163. Cómo debe procederse para atribuir fuerza ejecutiva á una transacción concluída en el extranjero.—1.164. De las causas de nulidad y de rescisión de la transacción.....

229

CAPITULO VII

Del préstamo.

1.165. Del préstamo y de sus diversas especies.—1.166. De la ley que debe regir el objeto del comodato.—1.167. De la influencia de la *lex loci contractus*.—1.168. Cuestiones que pueden surgir á propósito del mutuo.—1.169. Valor jurídico del pacto relativo á los intereses.—1.170. Opinión de los escritores acerca de la autoridad de las leyes que limitan la usura lícita.—1.171. Nuestra opinión.—1.172. Está confirmada con la autoridad de los juriscónsultos antiguos.—1.173. El Magistrado puede, sin derogar la ley del propio país que limite la usura, declarar válido el pacto acerca de los intereses estipulados en el extranjero.—1.174. Examen crítico de la opinión contraria de Laurent.—1.175. Se confirma con la autoridad de la

Páginas.

jurisprudencia que el pacto relativo al interés válidamente estipulado en el extranjero, puede sancionarse judicialmente aunque sea contrario á las leyes territoriales que prohíben la usura.—1.176. Deben aplicarse los principios aunque en garantía del préstamo se dé una hipoteca y esté limitada la usura lícita según la *lex rei sitae*.—1.177. Cómo debe determinarse la razón legal del interés.—1.178. De la ley según la cual debe decidirse si se deben ó no intereses de demora.—1.179. Cuestión acerca de los intereses debidos.—1.180. Principios establecidos por la jurisprudencia.—1.181. Teoría sostenida por nosotros.—1.182. Cómo debe determinarse el lugar en que haya de efectuarse la demora.—1.183. Influencia de la *lex fori* en esta materia.....

239

CAPITULO VIII

Del contrato de constitución de renta.

1.184. De las diversas formas de este contrato.—1.185. Desde qué punto de vista debemos ocuparnos de él.—1.186. De la renta territorial constituida mediante contrato.—1.187. De la renta territorial constituida mediante testamento.—1.188. Cómo la *lex rei sitae* puede ejercer su autoridad respecto del contrato.—1.189. Principios relativos á la forma del contrato y á la aplicación de la regla *locus regit actum*.—1.190. Autoridad de la *lex rei sitae* respecto de la naturaleza del derecho que se deriva del contrato.—1.191. De la ley que debe regir la liberación de la renta territorial y el término para ejercitar el derecho.—1.192. Principios relativos á la redención forzosa.—1.193. De la renta sencilla, su naturaleza y ley por que debe regirse.—1.194. Cómo puede la *lex rei sitae* desplegar su autoridad respecto de esa liberación.—1.195. Examen del caso en que la renta constituida mediante contrato hecho en el extranjero esté garantida con hipoteca sobre un predio existente en Italia.—1.196. Cuestión sobre si la renta sencilla es redimible.—1.197. Del contrato de renta vitalicia y de su naturaleza.—1.198. Determinación de la ley que debe regir este contrato.—1.199. Importancia que respecto de las obligaciones contractuales tiene la ley del domicilio del obligado.—1.200. Discusión sobre la aplicación de la regla *locus regit actum*.—1.201. Cuestiones relativas á los efectos del contrato.—1.202. Ley que debe regir la disolución del contrato y las garantías impuestas al deudor.

265

CAPITULO IX

Del depósito y del secuestro.

- 1.203. Del contrato de depósito y de sus especies.—1.204. Carácter de este contrato.—1.205. Ley que debe regirlo.—1.206. Capacidad de las personas.—1.207. Cuestión acerca de la naturaleza del contrato.—1.208. Cuestiones acerca de las cosas que pueden ser objeto de depósito.—1.209. Obligaciones del depositario.—1.210. Depósitos en los Bancos ó Cajas públicas.—1.211. Forma del contrato y prueba.—1.212. Acciones que se derivan de este contrato.—1.213. Del depósito necesario.—1.214. Del secuestro y de su ley reguladora..... 283

CAPITULO X

Del contrato de prenda.

- 1.215. Del contrato de prenda y de sus requisitos esenciales.—1.216. Principal derecho que se deriva de la prenda.—1.217. De la ley que debe regular las relaciones entre las partes contratantes.—1.218. Si tratándose de cosas muebles puede regularse la prenda por la ley personal del propietario.—1.219. Cuestiones en el caso de que la cosa pignorada sea transportada á otro país.—1.220. Ley que debe regir la acción pignoraticia y la eficacia del privilegio en relación con las partes contratantes y los terceros.—1.221. Principios para decidir acerca de la eficacia del contrato de prenda.—1.222. Cómo estos principios deben aplicarse en el caso de prenda de una cosa mueble incorporal.—1.223. Crédito dado en prenda garantido con hipoteca.—1.224. Ley que debe regir las obligaciones del acreedor pignoraticio.—1.225. Idem los derechos correspondientes al deudor de obtener la restitución de la cosa pignorada.—1.227. El derecho de retención á favor del acreedor.—1.227. De la eficacia del pacto comisorio entre el deudor y el acreedor.—1.228. Se examina el caso en que en la cuestión haya terceros interesados.—1.229. Debe ser absoluta la autoridad de la ley territorial cuando haya tercero.—1.230. De la subpignoración.—1.231. Cuestiones que pueden surgir en la hipótesis de que la cosa dada en prenda pase á poder de un tercero, se pierda ó se robe..... 292

CAPITULO XI

Del contrato de anticresis.

- 1.232. Del contrato de anticresis y de su objeto.—1.233. Bajo qué aspecto puede considerarse sometido á la *lex rei sitae*.—1.234. Reglas concernientes á la autoridad de la ley respecto de dicho contrato..... 311

CAPITULO XII

Del contrato de fianza.

- 1.235. Del contrato de fianza y de las relaciones que de él se derivan.—1.236. De la ley que debe regir la fianza legal y la judicial.—1.237. Cómo se distinguen las relaciones que se derivan de la fianza para determinar la ley reguladora.—1.238. Cómo puede aplicarse la regla *locus regit actum*.—1.239. Ley que debe regir la naturaleza y el carácter del acto y de los efectos que se derivan de la fianza.—1.240. Ley que debe regir el contenido de la relación contractual.—1.241. De la obligación del fiador y de la ley que debe regir las acciones y las excepciones correspondientes.—1.242. Efectos de la fianza en sus relaciones con el deudor garantido.—1.243. Efectos de la misma en las relaciones entre varios fiadores..... 315

CAPITULO XIII

Del contrato de juego y de la apuesta.

- 1.244. Del contrato de juego ante las legislaciones modernas.—1.245. Las leyes relativas al juego se aplican aun á los extranjeros.—1.246. Examen de la cuestión de la autoridad de la ley que prohíbe el préstamo para jugar en caso que los jugadores sean extranjeros.—1.247. Se examina el caso en que los jugadores sean ciudadanos de la misma patria: autoridad del estatuto personal.—1.248. De los asuntos relativos al juego.—1.249. Autoridad de la ley que prohíbe las loterías extranjeras.—1.250. Examen del caso en que el billete de lotería haya sido vendido en el extranjero en donde no esté prohibida su venta.—1.251. Nuestra opinión acerca de la acción judicial á consecuencia de un billete de lotería adquirido en el extranjero.—1.252. Examen de la doctrina contraria y de la jurisprudencia..... 326

CAPITULO XIV

De la ley que debe regir las obligaciones sin convenio.

- 1.253. Existen obligaciones que nacen sin convenio.—1.254. Las obligaciones jurídicas se derivan en general de la ley, y pueden dividirse en varias clases.—1.255. Determinación de la materia de este tratado..... 343

§ 1.º

De la ley que debe regir los actos voluntarios lícitos (cuasi-contratos).

- 1.256. Obligaciones que nacen de los cuasi-contratos y de las diversas formas que pueden afectar.—1.257. Cómo debe determinarse la ley que ha de regir tales obligaciones.—1.258. Opinión de Brocher, Asser, Rocco, Laurent y Weiss.—1.259. Cómo debe plantearse la cuestión á juicio nuestro.—1.260. Observaciones sobre la teoría de Laurent.—1.261. Nuestra opinión..... 347

§ 2.º

Obligaciones que nacen de los delitos y cuasi-delitos.

- 1.262. Fundamento de la obligación jurídica respecto del delito.—1.263. Cómo la obligación es independiente de la voluntad del obligado.—1.264. Ley que debe regir dichas obligaciones.—1.265. Observaciones á la teoría de Laurent.—1.266. En qué casos puede depender de la ley personal la obligación.—1.267. Obligaciones que nacen de los cuasi-delitos contra el orden de la familia.—1.268. Ley que debe regir la responsabilidad del padre de familia.—1.269. De la obligación civil que nace del delito y de su ley reguladora.—1.270. Distinción entre el delito civil y el penal desde el punto de vista de la ley aplicable.—1.271. Aplicación de los principios en caso de seducción.—1.272. Si la acción de parte de la mujer seducida puede entablarse en un país que prohíba la indagación de la paternidad.—1.273. Autoridad de la ley nacional respecto de las obligaciones que nacen del delito.—1.274. De la ley que debe regir la obligación que se deriva del acto ilícito relativo al contrato.—1.275. La distinción entre la culpa Aquiliana y la culpa contractual puede influir para decidir acerca de la competencia del Magistrado..... 357

