

Examen Comparativo de los Códigos Civiles Nacionales de 1852 y 1936

Por JOSE LEON BARANDIARAN

Catedrático Emérito

El Código Civil nacional de 1852 presentó una distribución taxonómica de materias diferente a la que ha venido a corresponder al Código de 1936.

El Código de 1852, en efecto, comprendía un título preliminar y tres libros: el primero, relativo a las personas; el segundo, a las cosas; el tercero, a las obligaciones y los contratos. En el libro primero estaban incluidas las normas propiamente referentes a los derechos de las personas, así como las pertenecientes a los derechos de familia. El libro segundo abarcaba, además de los derechos propiamente reales, la donación, la herencia y el régimen de bienes uxorio. El libro tercero contenía una sección primera sobre las obligaciones en general, sobre los contratos, sus requisitos y efectos, y sobre las diferentes obligaciones provenientes de los contratos; dedicándose las otras secciones a los varios tipos de contratos en particular. Otra sección del libro tercero se ocupaba de los cuasicontratos (gestión de negocios y comunidad y partición de herencia) y otra sección de las obligaciones emanantes de delitos y cuasidelitos. La última sección concernía a los modos de acabarse las obligaciones.

La distribución de materias es diferente en el Código de 1936. Este responde a una composición hexatéutica, pues considerando el título preliminar que por la índole de sus reglas tiene una naturaleza autónoma capital, además hay los siguientes cinco libros: el primero, sobre las personas; el segundo, sobre la familia; el tercero, sobre la sucesión; el cuarto, sobre los derechos reales, y el quinto sobre los derechos de obligaciones.

Se advierte, así, que los derechos de las personas están separados de los derechos de familia, viniendo unos y otros a ser objeto de dos libros distintos, y que los derechos reales y los de-

rechos de herencia están colocados en dos libros independientes. Lo relativo al régimen de los bienes en el matrimonio aparece dentro del libro de la familia. La donación se halla incluida como un contrato, mientras que como lo hemos advertido antes, en el Código abrogado figuraba entre los modos de adquirir el dominio. El Código vigente elimina la figura del cuasicontrato y, por ende, la gestión de negocios ha venido a ser disciplinada como un contrato a continuación del mandato. La comunidad y partición de herencias, que en el Código anterior caía dentro de la sección denominada "de las obligaciones que nacen del consentimiento presunto" (instalada dentro del libro llamado "de las obligaciones y contratos"), ha sido objeto de otra asignación clasificatoria, pues es tratada dentro de una sección llamada "del condominio" en el libro de los derechos de las cosas, y dentro de una sección llamada "de la indivisión y de la partición" que se ofrece en el libro de la herencia. La prenda, la hipoteca y la anticresis en el Código derogado aparecían como contratos que aseguraban el cumplimiento de estas obligaciones, mientras en el Código vigente hallan su asiento en una sección del libro sobre los derechos reales. La transacción también figuraba en el antiguo Código como un contrato, en tanto que en el actual figura como uno de los medios de extinción de las obligaciones.

He aquí algunas de las desemejanzas más resaltantes en cuanto a la distribución de materias y criterios sistemáticos sobre el particular entre los dos cuerpos legales.

En el título preliminar del Código del 52 había algunas normas generales como propias de ese título y que tenían aplicación, algunas de ellas, no sólo en el ámbito del derecho privado, sino también del derecho público. Así, los arts. I, II, III, IV, VI. Estos números indicaban, respectivamente, que las leyes obligaban en todo el territorio de la República desde su promulgación; que la ley no tenía efecto retroactivo; que a nadie podía impedirse la acción que no estaba prohibida por la ley; que las leyes de policía y de seguridad obligaban a todos los habitantes del Perú; que las leyes no se derogaban por el desuso.

Estas reglas no son reproducidas en el Código del 36, salvo la última, en cuanto el art. I dice que la ley no se deroga sino mediante otra ley; lo que en sustancia representa lo mismo que decía el art. VI del Código anterior.

La razón por la cual pudo procederse a la eliminación anteriormente mencionada, debió ser que las indicaciones preceptivas sobre el particular se encontraban ya expresadas en la Constitución vigente, en sus arts. 132, 25 y 24. En lo que respecta especialmente al art. IV del Código del 52 (tomada del primer párrafo del art. III del *Code Civil*) pudo estimar nuestro legislador del 36 que no era necesario el reiterarla, puesto que representaba un principio pacíficamente admitido: la territorialidad en principio de la ley. Pero hay que advertir que el art. 132 de la Constitución sólo se refiere al día inicial del vigor de la ley, cuando habla de la promulgación, pero no al dato referente al límite territorial como lo hacía el art. I del Código de 1852; siendo así que es ello una nota adnata a la ley en cuanto al antes aludido principio de la territorialidad.

Los arts. VII, VIII y IX del Código viejo en buena cuenta resultan encarnados, salvo variaciones no esenciales, en los arts. III, XXI y XXIII del Código nuevo.

El Código del 36 trajo algunos preceptos desconocidos en el anterior: el relativo al no amparo del abuso del derecho, el relativo a la legitimación de obrar en base a un interés económico o moral, el relativo a la jerarquía preordinante de la ley constitucional frente a la ley ordinaria (arts. II, IV y XXII). Tales preceptos eran indispensables por la intrinsiqueza de su significación.

Se observaba en el Código del 52 la carencia de normas sobre conflictos de leyes, las llamadas reglas de derecho internacional privado, pues sólo el art. V trataba el punto, al prescribir que era la *ley situs* la que regía para bienes inmuebles. El Código del 36 hace aplicable la norma a toda clase de bienes, superando así la restricción criticable en que había incurrido la legislación precedente.

El nuevo Código ha venido a establecer un relativamente integral conjunto de normas de remisión ante los problemas de la copresencia de leyes, como se comprueba de los arts. V, VI, VII, VIII, IX, XX, que determinan las normas de atribución operantes en relación a las categorías jurídicas de que se trate: estado y capacidad civil de los individuos, bienes, obligaciones, sucesión, personas colectivas, forma de los actos jurídicos; aplicando según los casos la *lex domicilii* y también en ciertos casos la nacional, la *lex rei sitae*, la *lex loci celebrationis*, la ley del lugar de la constitución de las personas jurídicas, la *lex locus regit actum* y la *lex causae*.

El libro primero del Código de 1852, en sus secciones primera y segunda, se ocupa de las personas individuales. Esta materia es objeto de las secciones primera y segunda del libro primero del Código actual.

Refirámonos a las principales diferencias. El Código del 36 implanta la presunción de conmorencia y no de premorencia, como ocurría en el anterior. En lo que concierne a las incapacidades de ejercicio el primero supera al segundo, en cuanto utiliza un terminología más adecuada para denominar los casos de incapacidad y porque comprende casos que no estaban señalados anteriormente y que convenía que fueran incluídos. El Código anterior no incluyó un título sobre los derechos de la personalidad; más en esta omisión también ha incurrido el Código nuevo, salvo que específicamente se ocupa de la protección del nombre. Una omisión que se advierte en el Código del 36 en comparación con el del 52 es la atinente a la ausencia, pues el primero sólo hace una mención, por demás equivocada de ella, como un caso de incapacidad absoluta de ejercicio, en tanto que el segundo disciplinó orgánicamente la institución. En relación al domicilio las innovaciones más notables han sido dos: el domicilio plural y no el domicilio único (en base a lo establecido en los Códigos alemán y brasilero) y la aceptación del domicilio especial para las consecuencias anejas a relaciones convencionales. La solución primera adoptada por el Código del 36, es muy discutible, puesto que la tendencia predominante es en el sentido de considerar que el domicilio está constituido por el lugar que es el asiento existencial principal de la persona, aunque se acepta el domicilio profesional concernientemente a las relaciones jurídicas derivadas de la consiguiente actividad profesional.

Los registros civiles aparecen tratados en el Código del 52 en su sección sexta del libro primero, acusando ello un defecto de ubicación sistemática. Se trata de la cuestión un tanto profusamente, mientras que el Código del 36 peca, por el contrario, en este punto de somero, remitiéndose por lo demás en cuanto a la normación complementaria, al reglamento respectivo, según el mandato contenido en el art. 38, pero de todos modos, algunas disposiciones, que indudablemente son fundamentales, debieron figurar en el articulado mismo del Código nuevo.

Una reforma sustancial introducida por éste ha consistido en haber tenido en cuenta a las personas jurídicas; asunto este ignorado por el Código antiguo. (Sólo se halla el título en los

contratos, sobre sociedades). El primero ha destinado los títulos sobre disposiciones generales, asociaciones, fundaciones y comunidades de indígenas (las sociedades son objeto de un título, en los contratos). El Código anterior ignoró, pues, lo atinente a las personas jurídicas, siguiendo el modelo del Código francés; lo cual ya mereciera la crítica de Laurent cuando escribía: "*si a coté des personnes réelles il y avait personnes fictives, dites civiles ou morales, le législateur aurait dû de s'en occuper.*" (T. I. pág. 373).

(Ciertamente es, por lo demás, que la obra de Laurent es posterior a la producción del Código nacional derogado). Hay que advertir que dos Códigos hispanoamericanos, promulgados no mucho tiempo después que el nuestro, el chileno y el argentino, contuvieron disposiciones sobre el particular.

Como se dijo antes, en el Código de 1852 los derechos de familia no formaban un libro aparte, sino que integraban el libro primero, que fue llamado "de las personas y sus derechos" (secciones tercera, cuarta y quinta).

En lo atañadero, al matrimonio, comenzaba con los esponsales admitiendo, en buena cuenta, la *actio matrimonialis* e imponiendo una medida que podía ser muy enérgica contra el contrayente, por la pactación de una multa indemnizatoria para el caso de incumplimiento de la promesa esponsalicia. Esto ha sido erradicado en el Código vigente (art. 77), pero estableciéndose que el rehuyente que hubiese procedido sin justa causa, debe resarcir equitativamente los gastos y perjuicios, con lo cual se reduce a moderados términos los defectos descendentes de la ruptura de esponsales.

El matrimonio fue instituido sobre la base dogmática de que para que fuese válidamente contraído, debía celebrarse con las formalidades establecidas en el Concilio Trentino; de manera que la autoridad eclesiástica y no una laica era la que intervenía; lo que no obstaba desde luego para que el matrimonio generase sus efectos civiles. (Para las personas no católicas se dio una ley especial, de 23 de diciembre de 1897). Se declaró que el matrimonio era indisoluble vincularmente, y sólo podía acabarse por la muerte de uno de los cónyuges; de suerte que el divorcio únicamente venía a representar una separación *ad torum et mensam*, pero con mantenimiento del *status* vincular.

En cuanto a la nulidad del matrimonio, no podía ser apreciada como una causal de disolución pues como decía el ilustre PACHECO, "no se puede disolver lo que nunca ha existido".

El Código actual ha introducido innovaciones esenciales. El matrimonio se celebra ante las respectivas autoridades estatales, de acuerdo a las formalidades establecidas al respecto. El puede concluir con desaparición del vínculo por causal de divorcio (absoluto). Sólo que el juicio pertinente puede limitarse a la mera separación en cuanto a la vida común uxoria, sin afectar el vínculo (art. 269).

Se admite el divorcio por mutuo disenso. Los consortes, pues, sin aducir alguna causal pueden solicitar el divorcio sólo relativo que, empero, más tarde, transcurrido un año desde la sentencia de separación, es susceptible de convertirse en divorcio absoluto (art. 276). De otra parte, la mera separación no por mutuo disenso sino a pedido de uno de los consortes, por causal imputable al otro, puede transformarse también en disolución del vínculo (art. 276).

Relativamente al régimen matrimonial siempre cabe considerar básicamente estos dos aspectos: las relaciones entre cónyuges sobre sus derechos y deberes recíprocos y el régimen de bienes. En cuanto a lo primero, el Código vigente ostenta soluciones que no preocuparon al abrogado, y que revelan un plausible criterio en base de una mejor apreciación del *status* perteneciente a la mujer. Así se demuestra en los arts. 163 (la mujer puede no aceptar la decisión del marido cuando ésta constituye un abuso de derechos); 169 (la mujer tiene la representación de la sociedad conyugal para las necesidades ordinarias del hogar); 172 (la mujer puede contratar y disponer de sus bienes, sin más limitación que la derivada del régimen legal de bienes, y puede comparecer en juicio); 173 (la mujer puede ejercer cualquiera profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con consentimiento expreso o tácito del marido o en su caso —lo que es de destacar— con autorización judicial).

En lo que respecta al régimen patrimonial los dos cuerpos legales se decidieron categóricamente por el régimen forzoso preestablecido normativamente, es decir, que desecharon las capitulaciones matrimoniales.

Dentro del régimen de sociedad de gananciales hay los bienes propios y los comunes, y dentro de los primeros existe en lo que se refiere a la mujer la distinción entre los parafernales y

los dotales; distinción que como se sabe, reside fuera del origen, en ciertas facultades concedidas al marido. En el fondo estas clases de bienes, unos comunes y otros propios (con la subdivisión de dotales y parafernales en lo que se refiere a la mujer) son los que se reconocen en ambos Códigos. Es digno de subrayar un precepto del actual que no contenía el antiguo, el número 189, conforme al cual "la mujer puede oponerse a los actos del marido que excedan de los límites de una administración regular, según la naturaleza de los bienes, y que redunden en perjuicio de los intereses administrados". Es un caso de *jus abutendi*, al cual la ley pone un saludable atajo y que revela una loable preocupación en defensa de los legítimos intereses de la mujer. (Hay que decir que al marido compete la administración de los bienes comunes).

Dos instituciones han venido a tener asiento en el Código actual, que no eran conocidas en el Código anterior: los bienes reservados de la mujer, y la separación de bienes aun sin disolución de matrimonio. Ambas instituciones responden a necesidades de orden sociológico dentro de la vida moderna y han merecido la atención de otras legislaciones contemporáneas.

Al ocuparse de las relaciones de parentesco (filiación, patria potestad, legitimación, adopción, entre otras), sólo podemos detenernos en algunas diferencias, las más notables, entre los dos cuerpos legales ahora cotejados.

En atinencia a la filiación ilegítima el Código nuevo vino a superar radicalmente la posición asumida por el anterior, en cuanto para éste se encontraba terminantemente prohibida la indagación judicial sobre paternidad y el respectivo reconocimiento judicial; de suerte que sólo funcionaba el reconocimiento voluntario por el padre. De otro lado, había la distinción entre el hijo ilegítimo llamado natural (que era el concebido cuando sus padres no habían tenido impedimento para casarse) y otros hijos ilegítimos; lo que quería decir que se instauraba dos categorías de hijos extramatrimoniales, con la ventaja reservada al natural de que podía ser reconocido por el padre. El Código vigente ha supeditado la antes recordada distinción y, de otro lado, ha permitido la declaración de paternidad mediante declaración judicial.

En materia de legitimación la reforma más importante ha consistido en admitir junto a la legitimación por subsiguiente matrimonio, la constituida por declaración judicial, dentro de las condiciones determinadas en los arts. 319 y siguientes.

La llamada adopción menos plena que responde a la denominada tutela oficiosa del Código de Napoleón, no fue recogida por el Código patrio de 1852, apartándose así en este punto de su principal modelo. El Código de 1936 ha tenido el mérito de haberle dado cabida. Ya DURANTON había explicado que se trataba de una creación moderna imaginada por los redactores del Código francés para facilitar ciertos efectos de la adopción. El espíritu altruista que inspira la determinación en cuanto a la adopción menos plena, justifícala suficientemente, y por la anterior motivación valorativa es de alabar en este punto al legislador nacional de 1936.

Inspirándose en el Código civil suizo y en la ley francesa de 12 de julio de 1909, el Código vigente permite las fundaciones de familia (los bienes de familia); lo cual era ignorado en el Código de 1852. El acierto en cuanto a la incorporación de la figura se echa de ver si, como explican SILBERNAGEL y WAVER (*Familienrecht*; II pág. 347) "Las determinaciones sobre bienes de familia deben estar basadas para el efecto de fortalecer la comunidad familiar y estimular el sentido por la propiedad en común de la familia, en tanto aquéllas proporcionen a la familia como tal una sustentación económica y despierten en los miembros propios de la familia, de ese modo, el interés de mantenerse con ella la vinculación".

En el campo de la herencia, en la sección de disposiciones generales son perceptibles diferencias entre los dos cuerpos de leyes. El de 1936 instaura la responsabilidad *inter vires*, en tanto que en el de 1852 regía la responsabilidad *ultra vires*, salvo que la adición de la herencia fuese con beneficio de inventario. La delación sucesoria no debe significar que se dé el caso de la llamada *hereditas damnosa*, y así hay una razón suficiente para la regla implantada por el Código actual.

Este mismo se ha referido a la acción petitoria y reivindicatoria de herencia. No se hallaba en la antigua ley una norma destinada cabalmente al asunto, y sólo el número 766 tenía cierta conexión con él.

Fue conveniente, desde luego, ocuparse de la *actio petitio hereditatis*, respondiendo a tal conveniencia los arts. 662, 663 y 664 del nuevo Código. Pero lamentablemente no se hizo una distinción pulcra entre la acción petitoria propiamente tal, ten-

diente a determinar el *status* del actor, y la acción reivindicatoria que puede ir y generalmente va aneja a aquella, o que puede ser simplemente una acción *pro possessore*. De cualquiera manera, es notoriamente errónea la declaración del art. 662, que insume dentro de la prescripción de la acción real (20 años) a la acción reivindicatoria de herencia, pues en cualquiera forma, ya sea *pro herede*, o ya sea simplemente *pro possessore*, debe ser imprescriptible. Desde luego, cabe en el legitimado pasivo que invoque la prescripción adquisitiva de dominio. En este punto tuvo un pensamiento más claro el Código anterior: Véase art. 766.

El nuevo Código bajo el erróneo epígrafe de "incapacidades para suceder", se ocupa de las causales de indignidad por las cuales se pierde la vocación sucesoria; distinguiéndose esta figura de la desheredación. En el Código ambas situaciones quedaban comprendidas dentro del título que se denominó "de la desheredación"; percibiéndose que el criterio que inspira al primero de los cuerpos legales es más sutil, por la distinción de los supuestos que producen la desaparición del llamamiento hereditario, y la diferencia en cuanto a su radio de acción: para herederos legitimarios en un caso, para cualesquiera herederos, inclusive los testamentarios, en el otro.

Nuestros dos Códigos nacionales concilian en lo que respecta a la trasmisión hereditaria, el principio de la vocación perteneciente a los parientes y el principio de la libre disposición; es decir, la herencia legal y la testamentaria, con la característica que en la primera pueda haber herederos privilegiados por ser irrecusables, los legitimarios o forzosos.

El Código nuevo es más liberal que el antiguo, pues este último señalaba como porciones de libre disposición el quinto y el tercio (arts. 696 y 697), mientras el actual señala el tercio y la mitad (Arts. 700 y 701), en razón de la existencia de ciertos parientes que sean herederos necesarios, teniendo por ello derecho intangible a sus reservas.

En cuanto a la herencia testamentaria la innovación más notable estriba en la introducción del testamento ológrafo suprimiéndose, en cambio, el verbal. El testamento en escritura pública aparece en ambas legislaciones. El testamento en escritura privada se transforma en el nuevo Código, en uno cerrado, místico, mientras que anteriormente era abierto.

En la sustitución sucesoria hay la reforma de la supresión de la sustitución pupilar y cuasipupilar quedando, así sólo la

vulgar. (Ninguno de los dos Códigos ha dado acogida a la sustitución fideicomisaria).

El legado viene a representar en el Código en vigor todo lo que por libre disposición puede dejar el testador. Siguiendo el modelo del Código francés se refiere, así, el art. 719 al legatario universal, al legatario a título universal y al legatario particular. En el Código derogado el legatario lo era siempre a título particular, enfatizando que no podía ser instituido heredero (art. 769).

En lo tocante a la herencia legal se advierte notables modificaciones. Se ha hecho ya referencia a la rebaja en lo que representan las legítimas. Herederos forzosos son, conforme al Código de 1936, los descendientes y ascendientes, al igual que en el Código de 1852. En el primero se ha incluido al cónyuge supérstite como heredero necesario. Inclusión ésta desde luego plausible, toda vez que la herencia reposa en las relaciones familiares, y al lado de las originadas por el *vinculum sanguinis*, debe considerarse la formada por la relación uxoria. En el Código antiguo se conocía la llamada cuarta conyugal, que venía a ser una de reserva, pero que únicamente se presentaba cuando se daban los supuestos específicos de indigencia (para la viuda) y de ésta más invalidez o enfermedad (para el viudo). En el Código antiguo, por lo demás, el cónyuge superviviente si no era sucesor legítimo, como en el actual, era sucesor legal simple, viniendo a tener su llamamiento después de los herederos legales en cuarto grado. En el Código en vigor el cónyuge sobreviviente es heredero necesario, descartando a ciertos parientes colaterales más lejanos que hermanos, y en concurrencia con otros herederos: descendientes, ascendientes, hermanos, variando la porción que, según los casos, le venga a corresponder.

Mas el Código actual ha introducido los preceptos 704 y 765, en que se habla de gananciales y del efecto obstativo contra la legitimidad sucesoria del cónyuge. Lo grave ha estado que por cierta equivocidad (o porque ha habido ingenio en encontrarla), se ha erigido una *complexa quaestio*. Nosotros nunca hemos podido alcanzar en donde estaba el motivo de vacilaciones y complejidades y hemos dado nuestra humilde opinión (Revista del Foro; Año .1951, pág. 659).

Modificación muy digna de resaltar es la que se refiere a la delación legal del hijo ilegítimo. Este en el Código anterior sólo tenía derecho a una quinta parte del patrimonio relicto, cuando concurría con hijos legítimos, y a la mitad en concu-

herencia con ascendientes legítimos, en tanto que en el Código actual tiene derecho a la mitad de la cuota perteneciente a un hijo legítimo, y descarta a los ascendientes legítimos.

La herencia en cuanto discurre en la línea colateral, se detiene en el cuarto grado conforme al Código vigente, mientras que alcanzaba al sexto grado en el Código derogado. Este último distinguía según que se tratase de hermanos germanos o de medios hermanos; heredándose lo que correspondía al vínculo unipaternal, o al unimaternal o, en su caso, al doble vínculo. En el Código en vigencia no se ha hecho ninguna distinción sobre el particular conforme la solución del art. 763; solución esta por demás discutible, puesto que la herencia se ha de basar en el supuesto de las relaciones familiares, y es indudable que entre los hermanos enteros esa relación es más fuerte, por ser doble, que entre los hermanos dentro de una sola línea.

En la parte relativa a los derechos reales el Código nuevo se muestra en mucho superior al antiguo, al referirse a las varias clases de bienes, inmuebles o muebles, y a la indicación sobre lo que debe considerarse partes integrantes y accesorios de un bien. Hay mayor atención en las referencias en cuanto a los bienes del Estado y de los particulares, como se comprueba comparando los dispositivos respectivos. Es digno de elogiar la inclusión de un precepto como el 823, el cual dice que los bienes de uso público son inalienables e imprescriptibles; superándose lo que ordenaba el art. 534 del Código viejo.

En concernencia al instituto de la posesión se introdujo una reforma cardinal al desecharse la tesis savigniana, de la necesidad de los dos elementos, el *animus* y el *corpus*, optándose por la tesis de JHERING, que elimina el segundo de los elementos anotados. Claro está que como se sabe, tal eliminación sólo concierne al *animus domine*, pues no cabe en la posesión misma descartar el *animus possessorio*. El Código de 1936 siguió en este punto a los códigos alemán, suizo y brasilero. Sólo que incurrió en el defecto de no consagrar un dispositivo en relación con el servidor de la posesión, como se le llama en el derecho alemán (*Besitzdiener*), para distinguir así la posesión propiamente tal de la mera tenencia.

El Código en vigor ha aportado otra sistemática en cuanto al dominio, colocando dos títulos, uno sobre la propiedad inmueble y otro sobre la propiedad mueble. En el Código deroga-

do los asuntos pertenecientes a ellas estaban ubicados en otras secciones o títulos, bajo otros epígrafes.

El Código nuevo ha introducido disposiciones de que carecía el antiguo. Así sucede con el art. 854, sobre que la propiedad del predio se extiende al suelo y al subsuelo hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. Así, con los arts. 855, 856 y 857 (ampliados por la Ley 10726 de 1º de diciembre de 1946) sobre la propiedad horizontal. Así, el art. 859, que impone al propietario de un predio el que no realice actos que redunden en perjuicio de los propietarios colindantes. Así, el art. 861, que autoriza a accionar a quien sufre o esté amenazado de un daño por exceso en el ejercicio de su derecho por el dueño de un inmueble; destacándose como una muy acertada disposición en orden a evitar un *jus abutendi* y, por el contrario, tendiendo a una adecuada coexistencia a base de recíprocas consideraciones entre propietarios rayanos.

Los preceptos que se acaban de citar adhieren a la organización de la propiedad inmueble. También aquí hay que aludir, aunque sea muy someramente, a las figuras de la accesión, de la edificación y de la plantación. El art. 867 se contrae a la accesión natural. Sólo que como el número se encuentra en el título sobre la propiedad inmueble, parecería que la regla no funcionase en cuanto a la propiedad mueble; lo que es absurdo. Ese defecto no acusaba el Código del 52, porque trató de la accesión en términos generales. Su art. 894 se refería, precisamente, a supuestos de accesión natural recayentes en propiedad inmueble como en propiedad mueble. En general este era más completo en el asunto sobre la accesión, siendo así que el nuevo Código peca por somero.

Este último en el título sobre la propiedad mueble, se ocupa entre otros modos originarios de adquisición del bien, de la aprehensión, la unión y mezcla, la especificación. Ellos también merecieron, naturalmente, la atención del Código del 52. Sólo que fueron tratados con más extensión, superando en este punto al Código actual.

Entre los dos cuerpos de leyes no hay diferencias fundamentales en cuanto al usufructo. ROMERO ROMANA ("Derecho Civil. Los Derechos Reales", Tomo II, Nº 249) ha anotado una omisión de la legislación actual frente a la pasada; omisión en que no debió incurrirse. Efectivamente, el art. 1111 imponía al usufructuario la obligación de comunicar al propietario, bajo responsabilidad de aquél, los actos atentatorios que pudieran co-

meterse contra el bien usufructuado. No hay una disposición análoga en el Código vigente.

Este mismo trajo una novedad, con el derecho de superficie, estructurado en los arts. 958 y 959, y que aparece dentro del título de usufructo, siendo así que aun cuando ambos institutos ofrezcan semejanzas, también tienen sus notas distintivas. Dentro de una buena sistemática deberían ocupar posiciones deslindadas.

En el campo de las servidumbres, hablando de las prediales, el Código vigente (art. 977) permite al propietario de dos predios gravar uno de ellos como dominante frente al otro como sirviente. En la Exposición de Motivos se dice: "La innovación ha sido tomada del Código suizo. Su importancia práctica se manifiesta cuando con posterioridad al establecimiento de la servidumbre uno de los predios pasa a otro poder".

El Código derogado no dispuso acerca de la prenda que recaiga en títulos valores. Si lo hace el Código vigente (arts. 982, 998 y 999), y por ello es digno de alabar pues tal *pignus nominis* facilita el aseguramiento de obligaciones mediante la constitución de una garantía consistente en un crédito del deudor pignorante que tenga frente a un tercero, adquiriendo el acreedor prendiario una legitimidad de obrar frente al deudor de su deudor que ha dado con el título en prenda el derecho incorporado en éste.

En la parte reservada a la hipoteca merece subrayar algunas disposiciones nuevas aportadas por el Código del 36. Así, la que establece que si la hipoteca comprende varios inmuebles, el ejercicio del *jus distrahendi* puede limitarse a uno o varios de ellos (Se entiende hasta donde sea necesario para satisfacer el derecho del acreedor); la que es objeto del art. 1022, primera parte, que en lo fundamental se inspira en el Código alemán, pero agregando que el poseedor del bien ejecutado se subroga en la hipoteca que afecta a los demás bienes, para que se le indemnice en la parte proporcional que le corresponde (solución esta sin antecedentes legales y que no concuerda con el punto de vista del art. 1514, que si bien se refiere al caso de quien sea poseedor por locación, sustenta el principio del mantenimiento de la posesión en favor de dicho locatario si éste inscribió su derecho).

Otra innovación es la de la supresión de la hipoteca judicial. Empero, no se ha dado motivaciones convincentes al respecto.

La hipoteca judicial existe si se atiende a su origen, y a esta virtud es pertinente que sea reconocida, como lo hacía el Código anterior.

Según el Código vigente la hipoteca puede servir como garantía de una obligación y como instrumento de crédito. A lo último responde el art. 1014. Son harto conocidas las ventajas y los fundamentos de este tipo de emisiones hipotecarias; siendo, pues, digno de elogiar la introducción en nuestro derecho del reconocimiento de ellas.

Debe ser revelado que el Código nuevo conforma un título propio sobre el derecho de retención. Sin detenernos en tratar sobre la naturaleza de la institución, (en realidad importa una excepción sustancial utilizable por el poseedor de un bien), lo evidente es que si se le puede estimar como un derecho personal, tiene eficacia *in rem* para ser oponible a cualquiera que pretenda la posesión, si hay un crédito conexo en favor del retenedor (*jus cum re junctum*). En el respectivo título del Código nuevo se formula un conjunto de normas sistemáticamente vinculadas, en atinencia al derecho de retención; lo que no ocurría en el Código anterior.

En relación a los Registros Públicos, la sección quinta del libro cuarto del Código actual contiene las reglas referentes a tales registros. En el Código anterior no se legisló sobre el particular. Unicamente con la Ley de 28 de enero de 1888 se disciplinó esta materia. El Código en vigor se ocupa de ella de modo más amplio, pero manteniendo, por motivos circunstanciales el principio de las inscripciones en que se basaba el régimen anterior, en cuanto atribuía carácter facultativo a ellas y les asignaba valor simplemente transitorio sobre el derecho inscrito.

El libro quinto del Código vigente está reservado a las obligaciones y los contratos. En comparación con el Código derogado, lo primero que sobresale es la incorporación que hace del acto jurídico. En el Código del 52 lo que hoy se estima como propio de una categoría perteneciente al acto jurídico, estaba desperdigado en diversos sectores, dentro de las reglas generales sobre contratos y obligaciones. Así, lo referente a los requisitos del acto jurídico, a los vicios del consentimiento, se encontraba en el título llamado "de los requisitos de los contratos"; lo referente a las modalidades de los actos jurídicos, en el título denominado "de las diferentes obligaciones que provienen de los

contratos" (se ignoró el cargo); sobre la simulación, las nulidades del acto y la confirmación se habló en un título especial al final del Código, dentro de la sección llamada "modo de acabarse las obligaciones"; no había un título concerniente a la acción pauliana, como ocurre en el Código actual. Y mientras éste contiene reglas sobre la declaración de voluntad (arts. 1076 y 1077) ello no sucedía en el Código anterior.

Parece innecesario reiterar encomios al legislador de 1936 por haber tratado el acto jurídico con su propia autonomía ontológica, y que comprende las diversas figuras que le son anejas; superando así la posición asumida por el legislador del 52.

Cabe, sin embargo, de otro lado hacer una crítica a la sistemática del Código vigente, de la cual resulta indemne el derogado. Esta crítica se concreta en la equivocada posición del acto ilícito como subespecie del acto jurídico, y en la equivocada posición del enriquecimiento sin causa como una simple modalidad del acto ilícito.

En lo que respecta a los actos ilícitos, como se sabe, en relación al Código en vigor ha habido hesitaciones y pareceres disímiles acerca del cual sea el criterio legal para la responsabilidad civil, es decir, si como regla basta el mero *factum* perjudicial o si además se requiere la culpa en el agente. En base al texto legal respectivo hay lugar para interpretaciones que pueden ser discutibles, o puede estimarse que se ha incurrido en omisiones. De ahí, por ejemplo, que Henri MAZEAUD (Revista del Foro; 1952; pág. 65 y siguientes) se sorprendiese de que no exista disposición alguna sobre los daños causados por cosas inanimadas.

Lo cierto es que el Código anterior tuvo en esta cuestión un criterio informante preciso: por regla la responsabilidad extracontractual requiere culpa en el agente. Esto resultaba inequívocamente del art. 2210.

El tratamiento de las nulidades está perfeccionado en el Código vigente, el cual con precisión distingue entre nulidad absoluta y relativa, mientras el Código abrogado se refería al contrato nulo y al rescindible, utilizando a este último respecto una expresión inapropiada. Dispositivos, cuya conveniencia es notoria aparecen en el primero de los dos cuerpos legales (los números 1124, 1126, 1127, 1129) y no así en el segundo.

En la parte correspondiente a las diferentes clases de obligaciones, el Código en vigor ha tenido una más amplia y cabal apreciación, como se revela por haber organizado los títulos so-

bre obligaciones de dar, hacer y no hacer, que no se encontraban en el Código anterior. Sobre las obligaciones alternativas y facultativas y sobre las obligaciones divisibles e indivisibles también el Código de 1936 tuvo el acierto de abrir títulos especiales, ausentes en el Código de 1852 (apenas hallamos el art. 1289, sobre obligación alternativa). Este sí puso atención en las obligaciones mancomunadas y solidarias, pero confundió los términos, viniendo a incurrir por esta circunstancia en un defecto gravísimo. El Código actual ha distinguido pulcramente sobre el particular. Mas, se puede anotar que no repitió preceptos que debió repetir, como los de los números 1296 y 1298, sobre la acción revisoria por el *solvens* contra los otros deudores solidarios, y sobre que la insolvencia de uno de ellos será cubierta por los demás.

En la parte relativa a los diferentes medios de extinción de obligaciones, en cuanto al pago son anotables algunas diferencias importantes. El art. 1247 del nuevo Código no autoriza por regla al deudor a un pago parcial, mientras que ello estaba permitido en el Código anterior si el pago no bajaba de la cuarta parte (art. 2226). El art. 1248 es nuevo y reviste interés por cuanto contempla un caso frecuente de aceptación por el acreedor en la forma de suscripción de un documento de crédito con el carácter de *pro solvendo*, indicando cuando tiene efecto cancelatorio sobre el *debitum*. También reviste interés el art. 1249, que igualmente es nuevo. En códigos modernos se encuentran disposiciones en el fondo idénticas, para determinar el *quantum* de la moneda que viene a ser la nacional, que es la señalada como la que se halla *in solutione*, ya que no *in obligatione*.

No había en el Código anterior una parte dentro del pago, destinada a la subrogación (se hablaba de ella en conexión a algunos casos particulares); lo que sí ocurre en el Código actual. Lo mismo cabe acotar en lo tocante a la *datio in solutum*. En cambio, el Código actual no ha recogido la llamada cesión de bienes, que sí tenía asiento en el Código antiguo. Pero la prescindencia puede explicarse, pues el asunto cae dentro del procedimiento del concurso, aplicable tanto para quienes sean comerciantes como para quienes no lo sean.

La mora, como ha escrito CASTAÑEDA y PERALTA (Revista del Foro; 1952; pág. 272) "ha sido objeto en el Código que nos rige de una mejor regulación que la que tenía en el código del 52. Fácilmente se perciben los defectos técnicos que acusaban las disposiciones de los arts. 1263, 1264, 1820 y 1962 del Cód-

go abrogado, al parangonearlos con los arts. 1254, 1255, 1256 y 1257 del Código del 36".

Dentro de la compensación hay dos reformas subrayables. Una es que la compensación no actúa *ope legis*, sino que es voluntaria, pues debe ser opuesta. La otra es que no se exige la liquidez previa de las obligaciones compensables. Pero, de otro lado, no se han repetido preceptos que eran recomendables y que estaban contenidos en el Código abrogado: los de los números 2261 y 2263.

En la transacción el Código derogado tuvo el tino de poner dos arts., el 1712 y el 1713, sobre los efectos derivantes para las partes que transigen, si una cosa entregada a una de ellas viene a ser del dominio de tercero. Es una cuestión que no se halla pacíficamente decidida, aunque sensiblemente predomina el criterio de conceder recurso de evicción y saneamiento al que pierde la cosa por la reivindicación de tercero, y no en base a que la transacción sea reputada como un acto translativo (más bien, es declarativo), sino porque hay una razón de justicia para ello, al haber sobrevenido un caso de *ob causam finitam*.

El título denominado en el Código actual "de la inejecución de las obligaciones", reúne dispositivos que en el anterior se alojaban en dos títulos diferentes, uno llamado "de la pérdida de la cosa" y otro, "de los efectos de los contratos"; donde se encontraban también distintos preceptos que respondían a diferentes cuestiones.

El Código del 36 ha introducido una reforma capital en cuanto a la calificación de la culpa convencional, que era apreciada *in abstracto* en el Código del 52, con la distinción de grave, leve y levísima, mientras que en el primero se apreciaba *in concreto* y sin la distinción tricotómica antes recordada.

Otra reforma también merecedora de relevar, es la concierne al ámbito de responsabilidad por los daños reparables, para someter al deudor a ellos, distinguiéndose según esté incurso en dolo, en cuyo supuesto se comprende aquellos daños que sean consecuencia directa o inmediata del incumplimiento, o según esté incurso sólo en culpa, en cuyo supuesto se comprende únicamente los daños previsibles, pero no los imprevisibles. Es lo que manda el art. 1323 del actual Código. En este punto no distinguió el Código anterior entre dolo y culpa, sometiendo en uno y en otro

supuesto al deudor a los daños que resultasen directamente de la inejecución de las obligaciones (art. 1265).

En la parte incumbente a las disposiciones generales sobre los contratos, el Código vigente se muestra superior al derogado. En éste no existían normas acerca de la génesis del contrato como conjunción de la policitud y de la aceptación, cual pasa en el primero, llenándose así un vacío que se hacía sentir.

Otras dos reglas novedosas que ostenta el nuevo Código son la de los arts. 1342 y 1344. Por la primera se consagra la excepción de *non adimplenti contractus*. Se puede decir que a semejanza de la condición resolutoria tácita, aquella se comprende como una consecuencia natural emanante de la sinalagma de los contratos, entendida ésta como una correlación de recíprocas obligaciones. El art. 1344 prescribe que para que exista contrato es menester que las partes se hayan puesto de acuerdo en todos los puntos. Está inspirado en el art. 154 del B. G. B., que difiere del Código de las obligaciones suizo (art. 2), según el cual basta el acuerdo sobre los puntos esenciales. Era necesario, de todos modos, que el codificador se decidiese en cuanto al punto de vista a preferir. Antes del Código se habían dictado sentencias no coincidentes sobre el juzgamiento de la cuestión (consúltese APARICIO y GÓMEZ SÁNCHEZ; pág. 299, Tomo VIII).

Es de lamentar que el actual Código prescinda de toda regla sobre interpretación de negocios jurídicos. La explicación sobre esta prescindencia de la Exposición de Motivos, no es suatoria. Es siempre necesario, y así se comprueba en general en las codificaciones, el dar ciertas pautas hermenéuticas en cuanto a los negocios jurídicos. El Código anterior en su art. 1277 contuvo una regla general, al decir que para la mejor interpretación de las cláusulas dudosas de un contrato, debe investigarse cual fue la intención de las partes; concurriendo al conocimiento de esta intención el sentido de las demás cláusulas del contrato, o de otros contratos semejantes celebrados por la misma persona, las costumbres del lugar, y todas las demás circunstancias que contribuyan al mismo fin.

El Código de 1936 vino a suplir un vacío, al regular las llamadas estipulaciones en favor de tercero (art. 1345 a 1347).

Relativamente a los vicios redhibitorios y a la evicción y saneamiento, que el nuevo Código los ubica en la parte general de los contratos (con la reserva de que estos sean onerosos y de que se trate de enajenaciones), las innovaciones más pronun-

ciadas son, como lo dice la Exposición de Motivos, las que se albergan en el art. 1369, sobre garantía convencional del buen funcionamiento de una cosa durante un cierto lapso, y en el art. 1382, acerca de que en las ventas forzadas hechas mediante intervención pretoria el vendedor no está obligado sino a restituir el precio que produjo la venta, o sea, el que pagase el adjudicatario.

Detengámonos ahora en los contratos en particular, haciendo un análisis comparativo, pero sólo de carácter somero, en la necesidad de no extender demasiado este estudio.

El Código nuevo ha eliminado, con muy buen criterio, el seguro, que cae dentro de jurisdicción del derecho mercantil, así como la libranza, que en buena cuenta está absorbida por la letra de cambio cuando el encargo es dinerario, y que en la práctica no es empleada si aquél versa sobre otras cosas. Acertadamente también ha suprimido los censos, que representaban un reato de operaciones obsoletas. Incorporó, de otro lado, nuevos tipos de contratos, como el de edición, representación teatral, radiodifusión y adaptación cinematográfica. Pero habría sido de desear que se hubiera dado ingreso a otros ciertos tipos de contrato.

En atinencia a algunos contratos, sólo nos detendremos en anotar las diferencias más visibles.

En la compraventa mientras el Código de 1852 declaraba enfáticamente, siguiendo al napoleónico, que la venta de cosa ajena era nula, el Código actual, siguiendo al Código alemán y considerando que el nexo es fundamentalmente obligacional aunque con posible posterior transcendencia traslativa dominica, admite la hipótesis, haciendo sólo anulable el negocio a solicitud del comprador, pero únicamente si éste no sabía que la cosa era de propiedad de tercero.

El anterior Código legisló sobre la promesa de compraventa, mas calificó la figura como una promesa recíproca, lo que lleva a que se le confunda con el contrato mismo definitivo; por lo cual el Código actual, superando esta solución, habla de la promesa unilateral, como *pactum vendendo* o como *pactum enendo*, alternativamente.

La lesión conforme al Código pasado era causal rescisoria ya bien en favor del vendedor, si hubiese vendido la cosa en menos de la mitad de su valor, ya bien en favor del comprador si la hubiese comprado en más de las tres mitades de su valor, sin hacer distinción entre bienes muebles o inmuebles. Para el presente Có-

digo la lesión opera dentro de circunstancias mucho más restringidas: Sólo en favor del vendedor y sólo en la venta de predios; agregándose, además que el juez apreciará todas las circunstancias del caso; lo que puede interpretarse como que deba tomarse en consideración, al igual de lo que indican los códigos alemán y suizo, la desgracia, ligereza, inexperiencia del vendedor; resultando, así, que la lesión aparece informada dentro de un doble criterio, de un lado objetivo y de otro lado subjetivo.

El Código en vigor ha inserido el pacto de reserva de dominio; modalidad ésta dentro de la venta a crédito, que era ignorada en el Código abrogado. Sólo que aquél ha omitido una cuestión fundamental, acerca de quien soporta el riesgo por pérdida de la cosa.

En materia de retracto se ha erradicado el gentilicio y también aquél en favor del deudor y sus parientes en la venta forzada judicial. Se ha puesto una nueva causal conectada con la copropiedad horizontal. Es de advertir que en el Código nuevo no se han repetido preceptos como los de los números 1494 (sobre que los aumentos y menoscabos de las cosas, y sus frutos, son del retrayente desde que interpone la acción); 1510 (sobre que no cabe el recurso retractual en los bienes comunes e indivisos si el comprador es uno de los condóminos o socios); el 1511 (sobre que se puede retraer no sólo la propiedad en usufructo, sino también derechos reales gravitantes sobre el bien, como servidumbres). Estas disposiciones, como se percibe de inmediato, eran de utilidad.

También referentemente a la compraventa hay que reparar en que el Código del 52 contuvo un precepto, el 1312, sobre la venta a prueba, sin incluir la venta a muestra, que es diferente, en tanto que el art. 1384 del Código actual habla promiscuamente de ambos tipos de venta.

De otro lado, la primera de las dos legislaciones reparó en la venta *ad gustum* (art. 1317), que no es atendida en la segunda.

En la donación, no hay diferencias mayores. Sólo cabría anotar que el Código nuevo no ha parado mientes en la llamada donación remuneratoria, como lo hiciera el Código antiguo. En realidad, la donación *pro remunerando* es un caso de donación, pero que sólo por ciertas modalidades se distingue de la donación típica. Fundamentalmente, es una donación porque la ventaja pecuniaria es conferida *nullo jure cogente*.

Bajo la denominación de contrato de locación y conducción el Código actual, como lo hiciera el anterior, ha comprendido tres tipos de contratos: el arrendamiento de cosas, el contrato de obra (de empresa) y el contrato de servicio, manteniéndose fiel a la posición romanista, pese a que hoy con razón se estima que entre estos tres tipos de contratos no hay sino una semejanza aparente. Como reglas que no aparecían en el Código del 52 y si se presentan en el del 36, tenemos las de los arts. 1518 a 1522, que conciernen a la responsabilidad del arrendatario en la *locatio rerum*, (en el caso de incendio); estableciéndose una presunción de culpa, porque si es cierto que en último término *casus sentit dominus*, el locatario tiene que probar esa causa liberatoria.

El Código vigente ha introducido un precepto por demás interesante, el del número 1524. Conforme a éste la cláusula de que el conductor no pueda subarrendar sin consentimiento del locador, no impide a aquél hacerlo pese a tal restricción, si el subarrendatario ostenta las condiciones de solvencia y buen crédito. Como muy bien lo percibió CORNEJO ("Código Civil. Exposición sistemática y comentario" T. II, V. II N° 332), se tratará de un caso de abuso del derecho si el locador niega el consentimiento; remitiéndose CORNEJO en este punto a la autoridad de JOSSE RAND.

El contrato de locación de servicio (lo que hoy se llama simplemente contrato de servicio) fué apenas considerado en el Código derogado, dentro de su artículo 1632, pero se detuvo en un tipo de relación que hoy, más bien, es propia del contrato de trabajo, cuando en los arts. 1633 a 1636 se refirió a los domésticos. En el Código en vigor el contrato de servicio es objeto de apropiados preceptos.

La mejoría traída por éste en comparación con su antecesor, es comprobable en el tratamiento del contrato de obra. Ello se aprecia examinando el art. 1555, que determina los efectos de la recepción de la *opus consumatum*, que se vincula con la obligación misma de la recepción; los arts. 1557, 1559, relativos a quien sufre la pérdida de la cosa por caso fortuito, ya sea cuando el empresario ponga su trabajo y el material, o únicamente este último. Con todo, se ofrecen algunas modalidades importantes en este tipo de relación jurídica por el desarrollo de ciertos procesos sociales; modalidades no advertidas por el Código del 36, que no ha traído en esta materia mayores innovaciones.

En relación al contrato de mutuo existe en el Código del 36 una norma de que carece el Código anterior, y esta norma es la del número 1584, conforme al cual es nulo el contrato de mutuo en que se supone recibida mayor cantidad de la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su cantidad y circunstancias. Es una manera de reprimir una usura subrepticia, al disimularse los intereses excesivos con la artificiosa inflación de lo debido por el *tantundem*; y hay que interpretar necesariamente que por este último cabe acción de recobro por el mutuante, porque si no se generaría un enriquecimiento indebido en el mutuario.

En la segunda de las dos legislaciones de que se viene hablando no existe un precepto análogo al 1807 de la primera, conforme a la cual el mutuante es responsable de los defectos ocultos de la cosa entregada si, sabiéndolo, no avisó al mutuario. Ello se inspiró en el art. 1898 del Código Civil. Es una regla que como dijera TROPLONG, está dentro de los principios de la razón y de la moral. Pero es curioso observar que en concernencia al comodato, la regla sobre responsabilidad por vicios ocultos recibe cobijo en el art. 1599 del Código moderno, sin correspondencia con el Código viejo.

En el depósito una modificación importante es aquella que la restringe a cosa mueble, pues anteriormente podía recaer también en cosa inmueble. Ya los Códigos que sirvieron de modelo al patrio en vigor, como el alemán, suizo y brasilero, establecieron tal restricción.

El art. 1618 del Código de 1936 no tiene antecedentes en el Código de 1852. Es una norma útil por cuanto determina que si el depositario no puede cumplir en forma regular con la restitución de la *eadem res* por causa de fuerza mayor, se halla obligado a entregar la cosa que hubiese obtenido en su lugar, ya que no habría una *justam causa retentionis*.

El Código anterior se detuvo sumariamente en el depósito de efectos en hoteles y posadas, y el Código actual es más acuoso al respecto, aunque si se le compara con algún Código reciente, como el italiano, no se oculta que el asunto debió ser tratado en mejor forma.

Para el Código vigente el depósito es por naturaleza, pero no por esencia, gratuito. Para el Código abrogado lo era con este último carácter, según lo que en primer lugar se decía en el art. 1847 pero admitiéndose que se podía pagar una asignación o cantidad al depositario; lo que se confirmaba teniéndose

presente lo previsto en la segunda parte del art. 1877; incurriéndose de esta manera en una contradicción.

Con relación al mandato sólo vamos a incidir en tres puntos: el carácter gratuito del mandato, su aceptación tácita, la pluralidad de mandatarios.

Ambos Códigos califican el contrato como gratuito por naturaleza, pudiendo estipularse que él sea *pro remunerando*. Pero —y he aquí la diferencia— el Código nuevo presupone que se ha pactado bajo remuneración si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la clase a que se refiere el mandato. Si no hay elementos de juicio *ex contractu*, o preterminación que de alguna manera sea aplicable (por ejemplo, tarifaria), corresponderá la fijación de la remuneración al juez. La ley, por lo demás, da por sabido tal sometimiento al pago de una remuneración cuando ello resulte emanante de la propia naturaleza de la relación convenida.

En sendos dispositivos de uno y otro cuerpos legales se consagra al lado de la aceptación expresa, la tácita, que se deduce del cumplimiento del encargo. Pero lo interesante reside en la novedad del art. 1631, que dice que se presume la aceptación entre ausentes cuando el negocio para el cual fue conferido el mandato, se refiere a la profesión del mandatario, o al ejercicio de su calidad oficial, o cuando los servicios de éste fueran ofrecidos mediante publicidad, salvo que el mandatario haga constar sin dilación su excusa.

Ello responde a una consideración de orden social en cuanto a ciertas actividades lucrativas. El mandatario aparece como de antemano ofreciéndose a realizarlas, y el mandante al hacer el encargo cierra el círculo contractual. De ahí que es preciso, para que no surja el mandato, la excusa del encargado.

El art. 1642 del Código presente no tiene correspondencia con algún precepto de su antecesor; y es una preocupación útil ocuparse sobre la pluralidad de mandatarios, con las varias modalidades que pueden ofrecerse, en cuanto mandato sucesivo, conjunto, independiente, distributivo, solidario.

El mandato es eminentemente revocable. Pero tiene que preocupar lo tocante a la no afectación de la revocación, en ciertos casos, a terceros. Comparando el art. 1945 del Código primitivo y el 1651 de su sucedáneo, el primero es más conceptuoso, porque precisamente determina la situación de los terce-

ros. Ciertamente es que el número 1651 citado debe ser concordado con el 1068 que se refiere a la situación de dichos terceros.

La gestión de negocios es una figura de suigeneridad en cuanto no cae específicamente dentro de la categoría de los contratos, y si bien ha podido ser calificada como un cuasi contrato, nuestro Código ha eliminado este último tipo de relaciones jurídicas. Lo indudable es que la *negotiorum gestio* que se presentaba como un cuasi contrato en el Código del 52, es objeto de un título propio, como si fuese un contrato, en el Código del 36. Son dignos de citar los arts. 1658 y 1663, que se basan en el principio de la *utiliter coeptum*, y que no hallan concordancia con preceptos del Código viejo. Merece también destacarse el art. 1659, que impone una solidaridad *ex lege* cuando sean varios los que hayan asumido una misión gestoria. La solución ya estuvo consagrada en el Código español y MANRESA y NAVARRO fundamentala con las siguientes palabras:

“Ella encuentra su justificación en la circunstancia de que no ha existido la intervención de la voluntad del *dominus*, quien así, con esa responsabilidad solidaria de los gestores, encuentra una mayor garantía para resarcirse de cualquier perjuicio inferido a sus intereses”.

Hablando de contratos de sociedad, que naturalmente es la simple, común, vale decir, civil, diferente por lo tanto de la mercantil, si se hace un cotejo entre las dos legislaciones se puede advertir algunas diferencias, que sólo someramente podemos registrar.

En el Código derogado se mencionaba, en virtud de la extensión y clase de aportes, tres tipos de sociedad: universal, general y particular. Con buen criterio el Código vigente suprime los dos primeros tipos de sociedad, por ser ignorados dentro de la infraestructura constituida por las prácticas y los hechos sociales.

El ente surge con personalidad desde su inscripción, según el art. 1689, segunda parte del Código actual, mientras que en el anterior bastaba el requisito de formalidad consistente en la escritura pública (art. 1655). La primera posición se explica porque en general en conexión a las personas jurídicas privadas, se requiere para el surgimiento del ente social, un hecho publicitario que pueda ser conocido por terceros.

Es pertinente decir que al Código del 36 no ha escapado lo incumbente a sociedades irregulares y de ahí el art. 1732, aunque creemos que el dispositivo debió ser concedido con más

cabalidad, pues si es cierto que determina lo respectivo a las relaciones entre los socios, no dice nada acerca de la situación de terceros que contratan con la sociedad. El Código anterior no se ocupó en lo absoluto de este asunto.

Una notable innovación que ha traído el Código en vigor es la implantación de las sociedades de responsabilidad limitada. El Código de Comercio organiza tres tipos de sociedades: anónimas, colectivas y en comandita. El legislador del 36 con muy buen criterio, comprendió que era una feliz oportunidad la que se brindaba para dar carta de naturaleza a las sociedades de responsabilidad limitada; y a ello han respondido los arts. 1725 a 1730. Sin duda, es tratado el tema sumariamente. Pero esto en parte es excusable si se tiene en cuenta que como las antes indicadas sociedades forman parte del título de la sociedad civil en general, supletoriamente se aplican las reglas de ésta.

El Código vigente trae varias normas sobre disolución de las sociedades, lo que viene indudablemente a llenar un vacío de la ley anterior.

En este ámbito del contrato de sociedad suelen presentarse algunas cuestiones que merecen ser solucionadas legalmente. Un Código no debe pecar por exceso ni por defecto en cuanto a la extensión de su articulado. El Código moderno a veces incurre en lo primero. Y así juzgamos que debieron ser repetidos los números 1667, 1689, 1699 del Código anterior, que contenían reglas de una útil aplicación.

En lo que compete a la fianza hay algunas modificaciones, en general convenientes. Se han suprimido incapacidades para ser caucionero, que comprendía el art. 2082 del Código derogado y que carecían de una razón de ser suficiente. Se distingue entre cofiadores simples y cofiadores solidarios, mientras que había cierta confusión de conceptos en el Código antiguo. Se exige la forma escrita, bajo pena de nulidad; lo que es recomendable, pues conviene que de manera inequívoca se determine aquello a lo que se obliga el fiador. Se reúne en uno los beneficios de orden y excusión, como debe de ser. Se reconoce la posibilidad de la subfianza. Se establece al lado de la acción subrogatoria que pertenece al fiador *solvens*, la acción, directa de reembolso contra el deudor (el Código del 52 sólo mentaba la primera). Se prescribe que los cofiadores podrán oponer al que pagó las mismas excepciones que habían correspondido al deudor principal y que no sean puramente personales

de éste. Se determina como causal específica de extinción de la fianza, la prórroga concedida por el acreedor al deudor sin consentimiento del fiador. Se establece que no puede quedar subrogado el fiador en los derechos del deudor por algún hecho del acreedor. Se indica que la dación en pago convenida entre el acreedor y deudor principal no hace revivir la obligación del caucionero, aunque el bien entregado en virtud de tal *datio in solutum* lo pierda el *accipiens* por reivindicación de tercero; procediendo la responsabilidad por saneamiento contra el *solvens*.

Hubiera sido de desear que el nuevo Código repitiese un precepto como el 2085 del antiguo, según el cual la fianza que excedía de la obligación principal se tenga por no hecha en cuanto a tal exceso; remarcándose así la subsisoriedad de la fianza y consagrándose, así, la regla de que *fidejussio in duriores causas* es irrita. El art. 1786 del Código vigente no indica el resultado que pueda alcanzar la acción del fiador dentro de los supuestos en que pueda obrar según tal precepto, y en esto lo aventajaba el Código abrogado con sus arts. 2097 y 2098. El art. 2105 de este Código plasmaba una interesante disposición. Sin conocidos antecedentes la regla que recogía dicho precepto se exhibía como recomendable, en cuanto si el deudor quería pagar el *debitum* antes del plazo y el acreedor lo rehusaba, quedaba liberado el fiador, pues a éste debe tratársele favorablemente, y el rehusamiento de la recepción del pago puede en el futuro traer inconvenientes para el fiador cuando si es requerido por el acreedor deba accionar contra el deudor, que tal vez no sea ya solvente.

La última sección del libro quinto del Código vigente está dedicada a las obligaciones provenientes de la voluntad unilateral. Ya los códigos alemán, de obligaciones suizo, brasilero, mejicano, reconocieron diversos casos de fuerza ligante de la voluntad unilateral. Entre ellos, hablando en términos generales, se puede citar la pólitaación, en cuanto ha de ser mantenida la respuesta del destinatario; en cierto modo la estipulación para tercero, en lo que se refiere a la adquisición del derecho por éste con el acto celebrado entre promitente y promisario aun sin la intervención de dicho tercero; la promesa abstracta de deuda, desde luego; también caen dentro de la figura los títulos al portador y la promesa de pública recompensa. El Código nacional vigente se ha referido a la pólitaación en el art. 1330; a la estipulación en favor de tercero, en el art. 1345 y siguientes; dudoso es

si el art. 1231 representa la consagración de la promesa abstracta de deuda (que sería, por lo demás, a persona determinada), es decir, la hecha constar sin indicarse la causa (*cautio indiscreta*); los arts. 1802 y siguientes se han ocupado de los títulos al portador, y los arts. 1816 y siguientes, de la promesa de recompensa.

Es, desde luego, muy meritorio que el Código de 1936 se haya detenido en la materia antes aludida, dedicando una sección especial a la declaración de voluntad unilateral, aunque sólo en relación a los títulos al portador y a la promesa de pública recompensa; representando esa preocupación un notable avance en comparación en este punto con el *Código derogado*.

El Código de 1852 significó una obra por demás útil en la evolución del derecho privado peruano. Acabó con la subsistencia de una legislación que dentro de una actitud de inercia se venía manteniendo, y la persistente legislación que era la española, que regía desde antes de la independencia política, no condecía con el nuevo *status* político adquirido por el Perú. A pesar de sus defectos, y aunque no llegó a tener la valía ni ejercer la influencia que algún otro código dictado en América Latina a mediados del siglo pasado (como sucedió con el argentino y el chileno) tuvo, no obstante, dicho Código nacional de 1852 sus méritos y sirvió como instrumento eficiente a través de la obra jurisprudencial.

Mas, habiendo resultado manifiestamente anticuado en algunos aspectos, se comprendió la necesidad urgente de elaboración del nuevo Código, que se promulgara en 1936. Indudablemente éste en varios puntos se mostró superior al Código anterior. Pero hoy se ha estimado, con razón, que es conveniente proceder a la reforma del Código vigente. En el transcurso de sus treinta años de existencia, por lo que se infiere de ciertas hesitaciones de la jurisprudencia y críticas doctrinales, se ha venido a demostrar la necesidad de la reforma indicada; siendo del caso ahora recordar que como escribiese Fray Domingo de Soto en su Tratado de la Justicia y el Derecho, "parece exigir la razón que siempre que se presente algo mejor, siempre se cambie la ley humana".