

X Lauro E. Larreátegui M. \_\_\_\_\_

X Las Presunciones Legales Expressas del Código Civil Ecuatoriano \_\_\_\_\_



CONCURSO DE CODIGO CIVIL

(Primer Premio "Alfredo Pérez Guerrero")

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

## **VALIOSO Y BENEVOLO JUICIO CONTENIDO EN EL VEREDICTO DEL JURADO CALIFICADOR**

Iván Emil, en su vasto trabajo, efectúa un acertado análisis discriminatorio de las presunciones, como indispensable antecedente para considerar aquéllas, expresamente establecidas en nuestro Código Civil. Con lenguaje apropiado y técnico, en estilo ágil y claro, con pleno conocimiento de la doctrina, sitúa, de modo acertado, el valor y alcance de las presunciones en materia civil. Un notable espíritu de investigación, junto a un sentido jurídico sobresaliente, hacen que la interpretación legal surja —dentro de un criterio medular, coordinado y sistemático— con caracteres de justicia, acierto y autenticidad. En fin, el trabajo de Iván Emil constituye un estudio exhaustivo de esta materia, realizado con feliz éxito, el que servirá de consulta a estudiantes, profesionales y jueces. Su autor se evidencia como estudiante de vasta capacidad y de fino y dilecto talento jurídico.

**ÁREA HISTÓRICA**  
**DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL**

Por estas consideraciones brevemente anotadas, estimamos que el Primer Premio debe otorgarse a Iván Emil, pues su trabajo **sobresale no sólo notablemente sino en forma extraordinaria**, entre los presentados al Concurso, constituyendo una verdadera tesis doctoral.

Quito, 15 de junio de 1951.

(f.) **Dr. FRANCISCO PAEZ R.**

(f.) **Dr. FRANCISCO SALGADO**

(f.) **Dr. RICARDO IZURIETA DEL CASTILLO**

Abierto el sobre, se constató que el pseudónimo de Iván Emil corresponde al señor Lauro E. Larreátegui M.

**DEDICATORIA:**

A la memoria de mi padre, señor don Emilio Larreátegui Aguirre.

Por él, mi inquietud se hizo fervor de libro y anhelo de superación.

Para él escribí este pequeño ensayo jurídico y fué su venerada presencia espiritual la que iluminó todos los instantes de mi labor.

Por él y para él, con devota unción, recogí el triunfo que benévolamente me otorgó el Jurado Calificador del Concurso.

Hoy..... he quedado solo en la arena.

Y este libro —ofrenda cariñosa a sus desvelos— ve la luz pública cuando ya no puede llegar a las manos buenas que fueron para mí caricia y bendición.

## P R E S E N T A C I O N

El señor doctor don Alfredo Pérez Guerrero, actual Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Central del Ecuador, desde el Decanato y desde la Cátedra de Código Civil, incita fervorosamente al estudio del MONUMENTO creado por don Andrés Bello, y su noble empeño por la preparación jurídica de los alumnos de Derecho le ha impelido a promover este Concurso, en el que intervengo, sin otro afán que responder al llamamiento y al propósito que lo inspira: el cabal conocimiento de las Instituciones de nuestro Código Civil.

Muchos deben ser los defectos y los vacíos del presente trabajo; sin embargo, "como ave débil que aletea", se presenta a competir con otros trabajos de airoso vuelo jurídico, porque él significa la obra de un esfuerzo entusiastamente realizado.

Quito, 25 de Mayo de 1951.

## CONCEPTO DE PRESUNCION LEGAL Y SU VALORACION LOGICA.—FUNCIONES.—CLASIFICACION

### **Concepto y valoración lógica.**

El significado particular y técnico de la voz latina "praesumere", desconocido por los clásicos, aparece con Justiniano, para quien el contenido del vocablo no es otro que "admitir sin demostración, sin necesidad de prueba". La presunción legal, en el Foro Universal, se levanta sobre este significado, como la consagración absoluta o relativa de una verdad, por el solo ministerio de la ley.

El art. 37 del Código Civil Ecuatoriano define la presunción en los siguientes términos.

"Se llama **presunción** la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama **leya**".

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume **de derecho**, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias".

En el orden lógico, la presunción traduce una verdadera inferencia o conclusión intelectual, derivada de una operación del pensamiento, por la que, de un juicio dado —que representan los antecedentes o circunstancias conocidas—

se infieren consecuencias que corresponden a un hecho desconocido.

Cuando un hecho conocido (probatum) no demuestra de por sí un hecho ignorado (probandum) —dice la teoría dominante relativa a las presunciones— puede, sin embargo, demostrarlo indirectamente mediante las relaciones de causalidad o de ligamen entre los dos hechos, relaciones puestas en claro por el razonamiento”.

Tal es la valoración lógica que el Código Napoleón asigna a las presunciones, sean éstas legales o judiciales: “consecuencias que saca la ley o el magistrado por el paso de un hecho conocido a un hecho desconocido”.

Y Eduardo Bonnier, Catedrático de la Universidad de París, comentaba: “La ley, movida por motivos de interés superior, saca por sí misma, imperiosamente, la consecuencia, como cuando deduce del matrimonio con una mujer la paternidad de los hijos que nacen de ella”.

“En la presunción —dice Carlos Lessona— se da una especial conjunción lógica entre dos hechos, uno probado y otro a probarse, conjunción que atestigua la existencia de este segundo hecho”.

Si el juicio inferido de un hecho o de una verdad conocida corresponde a un hecho ignorado, hemos de admitir que la presunción supone solamente una probabilidad más o menos acentuada en la relación de ciertos efectos a ciertas causas. No tiene en sí misma un significado de verdad intangible, un nuevo conocimiento de hechos inobjetables.

Pero cuando la ley, con la omnipotencia de su ejercicio soberano envuelve un hecho en el ropaje de una presunción que no admite prueba en contrario, para asegurar la estabilidad o solidez de las instituciones que ella ha creado, esa presunción —muchas veces de anémica certeza— es robustecida en el pensamiento del legislador y surge a la vida del Derecho como una verdad absoluta, todopoderosa, incontrovertible, que domina y subyuga todo intento de comprobación contraria, y erigiéndose en norma de carácter dispositivo, deja en la sombra, extrangulada e inerme, la posible verdad que entrañaría el hecho desconocido, inaccesible a la mirada o a cualquiera otra actividad sensorial del hombre, como acontece con los procesos anímicos o el acto de la generación.

Y es que la defensa de las instituciones, la custodia del orden social, la protección misma de los individuos y de los altos bienes jurídicos, impele al legislador —que ha creído encontrar la justicia— a consagrarse estas “verdades” para trasponer el caos y para crear un clima de calma y de seguridad en los órdenes político, social e individual, como elementos de un gran todo que actúa gradualmente en la historia.

Mas, la presunción legal, por lo mismo que mira a la protección de las instituciones, del orden social o de los individuos, supone probado el hecho del que se infiere el ignorado, porque —como observa Galdi— “debe estar fundada en la trazación natural que existe entre la verdad conocida y la que se busca, tendiendo por diversos conductos al mismo centro, de modo tal que no forme una simple opinión sino una verdad intelectual”.

Si tal es el fundamento de la presunción jurídica, si ésta se encuentra en la pirámide de los hechos que la sustentan, es obvio que la comprobación conducente a eliminarla o destruirla —cuando la ley la admite— no puede derivarse de otras presunciones (en este caso judiciales, porque no hemos encontrado la colisión de presunciones legales), sino de pruebas propiamente dichas, sean éstas materiales, instrumentales, testimoniales, orales, si bien es cierto —como afirma el doctor Alfredo Pérez Guerrero— que “todas las pruebas, en el fondo, son sólo presunciones más o menos cercanas a la verdad”. Concretamente, lo que queremos decir es que la prueba contradictoria del hecho que se presume no ha de fundarse en indicios o en otras presunciones, sino en hechos ciertos llegados a conocimiento del juez a través de la constatación objetiva que ofrece una huella material o que aporta un instrumento público, o de la información que suministra un testimonio directo, imparcial e idóneo, o que emerge de la confesión judicial.

Este principio lo encontramos consagrado en la jurisprudencia francesa, cuando en fallo del 5 de enero de 1810 se expresa: “Si puede destruirse una presunción de derecho (entiéndase en el sentido general de presunción de la ley) por la prueba positiva de un hecho contrario al que ella supone, no puede, por lo menos, serlo por presunciones autorizadas por la ley y puramente arbitrarias”.

Bien es cierto, como anota Planiol, que la prueba por presunciones surgidas de indicios materiales puede ser a veces más segura que la que emerge del testimonio y de los documentos, porque en ellas rara vez hay que temer los peligros de falsificación que caben en lo instrumental, ni la parcialidad o venalidad de los testimonios. Pero, después de todo, no creemos que sea jurídico admitir que la presunción del hombre pueda echar por tierra la presunción de la ley, principalmente en cuanto ésta exige determinadas pruebas para ceder el paso a la demostración contraria.

Sin embargo, cuando el legislador no ha restringido la probanza del hecho contrario, o sea, que éste es susceptible de ser acreditado con cualesquiera medios de prueba, pueden tener cabida, y deben tenerla, tanto las pruebas propiamente dichas como las presunciones judiciales, siempre que éstas se hallen fundadas, a su vez, en hechos reales y probados, y nunca en otras presunciones o indicios. El razonamiento lógico no puede apoyarse en la simple conjetura, que en sí misma entraña un hecho dudoso.

### Funciones.

La presunción legal, en el Derecho Francés, como en el Derecho Español y el Derecho Italiano, por precepto expreso de la ley, ejerce una función específica: la de relevar de la carga de la prueba a la parte litigante en favor de quien se halla establecida; es decir, que quien puede invocar en pro de su derecho una presunción legal, tiene consigo la prueba preestablecida por la ley. En el Derecho del Reich "no necesitan prueba alguna aquellos hechos en cuyo favor existe una presunción legal", que puede ser anulada mediante prueba contraria, siempre que no esté prohibida por disposiciones especiales. En el Derecho Civil Ecuatoriano encontramos análogo precepto, pues el art. 115 del Código de Procedimiento Civil vigente prescribe: "Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, **excepto los que se presumen conforme a ley**". Y es razonable esta norma, porque si la presunción legal obra en favor de la existencia de un hecho alegado por una de las partes contendientes, su derecho está protegido por ese supuesto de la ley, en tanto en cuanto la parte contraria no aporte la prueba que destruya o elimine la presunción que, en esencia —sin ser prueba en

sí misma— viene ejerciendo hasta entonces una función probatoria capaz de ser eliminada en tratándose de presunciones legales relativas o de hecho. Si la presunción legal es absoluta o de derecho, entraña una norma de inconfundible carácter dispositivo, que, por su fuerza obligatoria e inapelable, enerva e inmoviliza toda demostración contraria.

En muchos casos, las presunciones constituyen normas de interpretación, que generalmente se manifiestan con las expresiones "se entenderá", "se tendrá", etc.

### Clasificación.

Diversa es la que proponen los diferentes autores, pero esa diversidad, a nuestro juicio, es más aparente que real, pues dice relación a nombres nada más.

En efecto, Bonnier las divide en: a) Presunciones de **primer grado**, que son aquellas que admiten prueba en contrario, y b) Presunciones de **segundo grado**, que son las que no admiten dicha prueba.

Lessona ha encontrado que las presunciones legales son de tres clases: a) **Relativas**, que admiten toda especie de prueba; b) **Mixtas**, que admiten una sola especie de prueba, y c) **Absolutas**, que no admiten prueba contradictoria alguna.

Los ingleses llaman a las presunciones legales, según admitan o no prueba, **discutibles** (disputable) o **perentorias** (conclusive): en aquéllas, cabe demostrar el hecho contrario; en éstas, no cabe demostrarlo. Y los romanos las llamaban, respectivamente, presunción **juris tantum** y presunción **juris et de jure**.

Alessandri y Somarriva, entre los autores chilenos, y el doctor Alfredo Pérez Guerrero, entre los ecuatorianos, las definen: a) **Presunciones** legales propiamente tales, y b) **Presunciones de derecho**.

Claro Solar las llama a las primeras **simplemente legales**.

El doctor Luis Felipe Borja, comentador del Código Civil Chileno (obra desgraciadamente incompleta), divide las presunciones legales en tres clases: a) Presunción legal que admite prueba en contrario. b) Presunción legal que no admite prueba en contrario, y c) Presunción de derecho, la cual tampoco admite prueba en contrario.

No estamos conformes con la escueta clasificación del Maestro. El artículo pertinente del Código Civil Chileno, que se halla reproducido en el nuestro, no induce a formularla. Para nosotros, la nominación que la ley hace de presunción de derecho, no significa que el legislador se refiera a otra clase de presunción, sino que implica una definición propia de la presunción legal que rechaza la prueba de no existencia del hecho que la ley presume: un medio propicio para identificarla, o un medio eficiente para evitar la monotonía de sus disposiciones: unas veces la llamará presunción de derecho, sin que requiera la expresa prohibición de prueba contradictoria, y otras veces, sin llamarla de ese modo, consignará expresamente dicha prohibición. Creemos que la clasificación estricta que nace del art. 37, es simplemente la enunciada por Alessandri y Somarriva y claramente expuesta por el doctor Pérez Guerrero: a) Presunción legal que admite prueba en contrario, y b) Presunción legal que no admite prueba contraria, o sea, presunción de derecho.

El doctor Carlos Casares nos dice que respecto de la presunción legal se distinguen **tres casos**, que ilumina con ejemplos tomados del propio texto de la ley: 1º) "Si la ley usa de la expresión "se presume de derecho", se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias. Por ejemplo, se presume de derecho que entre la concepción y el nacimiento no pueden mediar menos de 180 días ni más de 300 cabales" (1); 2º) "Tampoco se admite la prueba contraria cuando la ley la rechaza expresamente, supuestos los antecedentes o circunstancias: v.gr. tratándose de la posesión, se ha resuelto que un error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario", y 3º) "Fuera de estos casos, por regla general, se permite probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley".

Para los distinguidos jurisconsultos ecuatorianos, doctores Borja y Casares, una es la presunción legal que no admite prueba contraria, y otra la presunción de derecho. Con todo el respeto que nos merecen tan valiosas opiniones, siguiendo con sinceridad nuestra inclinación interpretativa

(1) Art. 68: ".... no menos de 180 días cabales y no más de 300...."

del art. 37 —y aunque esto entrañe una insistencia— creemos que en la expresión "se presume de derecho" está involucrada la presunción legal que no admite prueba contraria, pues, cuando la ley usa dicha expresión, **se entiende** (he ahí una norma interpretativa) que tal prueba es inadmisible.

El mismo Dr. Borja reconoce que vanamente se ha complicado la clasificación—que atribuye al legislador—ya que las presunciones de derecho "debieron comprender" (nosotros entendemos que sí están comprendidos) todos los casos en que no se admite prueba en contrario.

Sea de ello lo que fuere y aunque de la definición del art. 37 del Código Civil no aparecen las presunciones legales que admiten sólo determinada prueba, considerando que dicho cuerpo de leyes, en sus diferentes pasajes sí alude a ellas, como sabremos justificarlo en el momento oportuno, la clasificación que nos parece más conveniente, conforme a nuestro Derecho Civil, es la siguiente:

## PRESUNCIONES

### JUDICIALES O SIMPLES

(*Praesumptio hominis*)

### LEGALES (*Praesumptio iuris*)



### ABSOLUTAS O DE DERECHO (*Juris et de Jure*)

A) Que admiten toda prueba

B) Que sólo admiten determinada prueba

No admiten prueba contraria.

Hemos aprovechado la clasificación de Lessona, sin seguirla fielmente, porque estimamos que el término "relativa" cabe por igual a las presunciones que admiten toda especie de prueba, como a aquellas que admiten una prueba determinada por la ley, y creemos que no es muy propia la nominación de mixta, respecto de las segundas, porque tal vocablo implica que ellas participan del carácter de las relativas y de las absolutas, sin que este significado corresponda exactamente a sus propias características, ya que lo relativo no puede penetrar en el ámbito de lo absoluto, ni lo absoluto puede descender al plano de lo relativo.

Y es por eso que hemos preferido, bajo la denominación genérica de presunciones legales relativas o de hecho, formular la subdivisión que les atañe: a) Presunciones legales que admiten toda prueba, y b) Presunciones legales que sólo admiten determinada prueba.



ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

## II

## CARACTERISTICAS COMUNES Y PECULIARES DE LAS PRESUNCIONES LEGALES

### Caracteres comunes.

1) Las presunciones legales, sean éstas relativas o absolutas, son creadas por la ley, que señala el límite de su eficacia o los linderos de la acción humana para contradecirlas. No hay presunción legal que pueda ser establecida por el hombre, ni aún por extensión o analogía; pues, en cuanto el juicio conjetural —que en sustancia a eso se reduce la presunción— nace del hombre en el ejercicio de la magistratura, ella adquiere modalidades diversas y nos hallamos entonces frente a la presunción judicial, que Lessona, Planiol y la generalidad de los tratadistas denominan presunción simple.

2) Fundándose en las leyes de la naturaleza física o moral, parten de lo conocido para suponer lo desconocido.

3) Son reglas de protección establecidas para el bien general. El legislador mira, ante todo, el interés de la sociedad y la defensa de los bienes jurídicos. Bonnier ha dicho que "las presunciones legales son una tutela del interés social".

4) El vigor de las presunciones legales supone la justificación del hecho base, pues la esencia de ellas así lo exige, ya que necesitan partir de un hecho probado. La presunción de paternidad del marido, por ejemplo, implica que se encuentre probado el hecho del matrimonio.

5) Consiguientemente con lo anotado, la prueba contraria de los hechos en que se apoya la presunción legal, no es prueba contra la presunción misma sino contra "los antecedentes y circunstancias" de que ella se desprende. La presunción legal no impide que se afirme y se acredite la inexistencia del hecho base, en que aquélla se funda.

6) Son una especie de prueba preconstituida por el legislador —no prueba en sí mismas—, y el favorecido con ellas está exonerado de demostrarlas.

7) Tienen una finalidad judiciaria: como norma dispositiva o como norma declarativa o supletoria (en falta de prueba contraria), las presunciones legales prevalecen sobre el criterio judicial, que debe subordinarse a ellas. Imponen al juez ciertas pruebas circunstanciales que limitan su acción en la órbita de las presunciones judiciales.

### **Caracteres peculiares de las presunciones relativas.**

1) Son normas de carácter declarativo o supletorio, que sirven de apoyo al derecho de quien las invoca, eximiéndole de la prueba que aquéllas encierran, no porque sean en sí mismas prueba —valga la insistencia— sino porque hacen las veces de tal.

#### **ÁREA HISTÓRICA**

DEI CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

2) La vida de estas presunciones es transitoria: rigen las relaciones del derecho discutido mientras no se pruebe el hecho contrario que ellas establecen, y en teniendo demostración contraria naufragan con la carga de la prueba que las contradice. Como interpretación de voluntad o como explicación de los hechos, pierden su eficacia cuando llega a demostrarse la verdad. Como dicen los alemanes, entrañan una suposición de prueba pendiente de contradicción.

3) La prueba puede ejercitar su poder contradictorio tanto sobre el hecho base de la presunción, como sobre el hecho mismo que se presume.

4) Admiten toda clase de prueba, cuando la ley, expresamente, no señala una prueba determinada para que puedan ser desvanecidas. En el primer caso, puede tener cabida la prueba indirecta, o sea la presunción del hombre, si es imposible o por lo menos difícil la prueba directa; en el segundo caso es admisible solamente la prueba contraria que la ley menciona.

5) Guardan armonía con la máxima de derecho común: "toda prueba admite otra prueba en contrario".

6) Con ellas, la ley sólo persigue hacer considerar ciertos hechos como la señal aparente de un derecho, obligando al juez á tener por ciertos los hechos que tratan de establecer, pero dejando a las partes la facultad de demostrar que la consecuencia obtenida no es fundada.

### **Carácteres peculiares de la presunción legal absoluta o presunción de derecho.**

1) En sentido lógico-jurídico, son sustancialmente normas de carácter dispositivo que ejercen despótica obligatoriedad, sin admitir demostración contraria, relativamente al hecho que se presume. Con mucha razón afirman Alessandri y Somarriva, que las presunciones de derecho "equivalen a un dogma de fe", y Schmidt las aprecia como "dogmas de experiencia cristalizados en ellas". Aron señala que el legislador, al establecerlas, no ha creado la presunción de derecho, sino el derecho mismo.

Puede sí demostrarse —como ya hemos dicho— la inexistencia del hecho base, pero esta demostración no está dirigida contra la presunción en sí, que tiene privilegio de inviolabilidad, sino contra los "antecedentes o circunstancias" sobre los que levanta su pedestal de inmunidad. Negar el nacimiento o probar que acaeció en época distinta, no implica contradecir la presunción absoluta de que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales y no más de trescientos.

2) Contrarián, fundamentalmente, la máxima de derecho común "toda prueba admite otra prueba contraria", característica que afirma la calidad de normas dispositivas, creadas en fuerza de la probabilidad vehemente y poderosa de los hechos que supone el legislador.

## III

**LAS PRESUNCIONES LEGALES RELATIVAS****A) — QUE ADMITEN TODA CLASE DE PRUEBA****Domicilio:**

Art. 54.—No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar en él un individuo, por algún tiempo, casa propia o ajena, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante”.

Art. 55.—“Al contrario, se presume desde luego el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un cargo concejil, o un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo, y por otras circunstancias análogas”.

Hemos transscrito el art. 54 por dos razones: la primera, para ilustrar mejor el contenido del art. 55, que sin aquél habría aparecido como una disposición mutilada, y la segunda, para dejar sentado, desde ahora, que no habiendo presunción legal sin ley, cuando ésta usa la frase “no se presume”, lo hace únicamente con fines de aclaración, mas no porque reconozca la posible existencia de presunciones legales que ella misma no hubiera instituído.

Habíamos dicho que uno de los caracteres comunes de la presunción legal relativa y de la presunción legal absoluta o de derecho, era el de que no podía ser inferida por el hombre, por extensión ni analogía. El artículo 55, en su parte final, cuando se refiere a “otras circunstancias análogas”,

parece contradecir nuestra afirmación; pero, en realidad, no se opone al principio que sustentamos sino que más bien lo confirma, en cuanto es la misma ley la que extiende los casos de presunción, para análogas circunstancias, invitando al magistrado a no admitir más que esas.

El domicilio civil está constituido por dos elementos esenciales: a) La residencia, y b) El ánimo real o presuntivo de permanecer en ella. La presunción consignada en el artículo que comentamos, mirada en su fondo mismo, se refiere a uno de estos elementos: el ánimo, tomando como antecedente o circunstancia conocida el otro elemento: la residencia.

El hecho base de la presunción legal es la residencia significada en los siguientes actos: 1º) Abrir tienda, botica, etc. u otro establecimiento **durable**, para **administrarlo en persona**, en un lugar determinado; 2º) Haber aceptado en ese lugar un cargo concejil o un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo, y 3º) Por otras circunstancias análogas.

En el primer caso, la residencia, para que sea tal, debe reunir dos requisitos: a) Que la tienda, botica, etc. o establecimiento que se abren en un lugar sean **durables**, pues esta condición se infiere del texto legal, desde que alude a "otro establecimiento durable", dando a entender así que la tienda, botica, fábrica, taller, posada o escuela, son o han sido establecidas con tal carácter y no provisionalmente, y b) Que se hayan abierto para ser administrados personalmente por el propietario. En el segundo caso, la residencia dimana de la obligación misma del concejero o empleado, de permanecer —para el ejercicio de sus funciones— en el lugar al que ha sido destinado, por razón de su empleo regularmente conferido por largo tiempo. El caso tercero menciona otras circunstancias que habrán de ser apreciadas por el magistrado, estableciendo una verdadera comparación y analogía con las expuestas en los dos anteriores.

Ahora, tratándose como se trata de una presunción legal que admite toda prueba, pues la ley no rechaza expresamente la demostración contraria ni señala determinada prueba para eliminarla o destruirla, advertimos cierta dificultad en orden a enervarla. En efecto: si el hecho base de la presunción del ánimo es la residencia, una vez que ésta se halle acreditada, ¿cuáles serían las pruebas que corres-

ponde acumular para desvanecer aquélla? Quizá una declaración de voluntad contraria al ánimo de permanecer en ese lugar, cuando se ha exigido ya el cumplimiento de una obligación, se opone abiertamente a la revelación o exteriorización misma de esa voluntad, traducida en un hecho constante y sobradamente conocido: la permanencia del individuo frente a la administración de la tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, o frente al cargo concejil u otro empleo, o por otras análogas circunstancias. "La voluntad verdadera —dice Valverde y Valverde— es la interior, es el propósito, es la intención, que se emite el momento en que se exterioriza". Es esta la voluntad real, que prevalece sobre la declarada.

El doctor Luis Felipe Borja contempla la posibilidad de aducirse como prueba contraria el hecho de tener la familia y el asiento principal de los negocios en otro lugar, y en esa situación, cree que es necesario distinguir: "Si la demanda versa sobre un contrato concerniente al taller, ninguna prueba manifestaría que la excepción declinatoria es fundada, porque acerca de ese contrato concurren las circunstancias constitutivas de domicilio. Pero si la demanda, del todo ajena al taller, se refiere, por ejemplo, a contratos celebrados en el paraje donde el individuo tiene su hogar doméstico y el principal asiento de sus negocios, puede alegarse, a no dudarlo, la excepción declinatoria; la cual manifestaría que sólo para los asuntos concernientes al taller se ha establecido el domicilio donde aquél se halla abierto". Termina expresando el doctor Borja que muchas veces el Código Civil emplea impropriamente la palabra presunción.

Los códigos extranjeros, antiguos y modernos, son más claros a este respecto. El de la Luisiana, por ejemplo, establece que "la prueba de la intención consiste en declararla expresamente, así ante el juez de la parroquia que se deja como ante el de la parroquia a donde se traslada el domicilio, debiendo esa declaración ser registrada por el juez"; procedimiento que por su diafanidad precisa sin dificultad alguna el lugar en donde el individuo ha de ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, tanto políticos como civiles.

Análogo precepto contiene el Código Napoleón: "La prueba de la intención resultará de una declaración expresa, hecha tanto en la Municipalidad del lugar que se abandona, como en la de aquel a que se traslada el domicilio"

(art. 104). "A falta de declaración expresa, la prueba de la intención resultará de las circunstancias" (art. 105). El Código Civil Mexicano, en lo que a empleados públicos se refiere, prescribe que **tienen** su domicilio en el lugar en que desempeñan sus funciones.

Concluimos manifestando que si en verdad la presunción consignada en el art. 55, teóricamente es presunción legal relativa, en el campo de la aplicación práctica, juzgamos harto difícil la demostración contraria.

### Presunción de muerte.

Art. 72.—"Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive, y verificándose las condiciones que van a expresarse".

Art. 73.—"La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador, justificándose previamente que se ignora su paradero; que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo; y que, desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la existencia del desaparecido, han transcurrido, a lo menos, cuatro años;

2<sup>a</sup>—Entre estas pruebas será de rigor la citación al desaparecido, que deberá repetirse hasta por tres veces en el Registro Oficial, corriendo más de cuatro meses entre cada dos citaciones;

3<sup>a</sup>—La declaración podrá ser pedida por cualquiera persona que tenga interés en ella, con tal que hayan transcurrido seis meses, a lo menos, desde la última citación;

4<sup>a</sup>—Será oido, para proceder a la declaración, y en todos los trámites judiciales posteriores, el Ministerio Público; y el juez, a petición de éste, o de cualquiera persona que tenga interés en ello, o de oficio, podrá exigir, además de las pruebas que se le presentaren, si no las estimare satisfactorias, las otras que, según las circunstancias, convengan;

5<sup>a</sup>—Todos los autos y sentencias se insertarán en el Registro Oficial;

6<sup>a</sup>—El juez fijará como día presuntivo de la muerte, el último del primer bienio, contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos diez años desde la misma fecha concederá la posesión provisional de los bienes del desaparecido;

7<sup>a</sup>—Con todo, si después que una persona recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, no se ha sabido más de ella, y han transcurrido desde entonces cuatro años, y practicándose la justificación y citaciones preventivas en los números precedentes, fijará el juez como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, naufragio o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión de los bienes del desaparecido".

Anotamos, en primer lugar, que no existe razón visible o aparente para que el legislador haya consignado en artículo diverso —el 73— las condiciones en que se presume la muerte del desaparecido, siendo éstas parte integrante del art. 72. En segundo lugar, advertimos que en el art. 73 se confunden las condiciones que en siendo constatadas definen el desaparecimiento y constituyen el hecho base de la presunción de muerte, con normas simplemente procesales, que debieron ser confiadas al Código de Procedimiento Civil.

En esencia, los artículos transcritos consagran dos situaciones en las que procede la declaración de muerte presunta:

La primera, entraña las circunstancias siguientes: a) Que se ignora que vive el individuo de quien se trate, y como natural consecuencia, que se ignora su paradero; b) Que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y c) Que desde la fecha de las últimas noticias han transcurrido, a lo menos, cuatro años. Aquí, la presunción pecca por su base, pues no parte de hechos conocidos de manera cierta e indudable, sino, por el contrario, de hechos completamente ignorados: se ignora si vive, se ignora su paradero, se carece de noticias de su existencia.

Si hemos dicho que la presunción, fundándose en leyes de la naturaleza física o moral, parte de lo conocido para suponer lo desconocido, se diría —en principio— que la establecida por los arts. 72 y 73 no es una presunción propiamente tal, sino una ficción, pues los hechos en que se apoya, si no falsos, por lo menos serían inciertos: tan probable es que el individuo viva como que haya muerto. Pero encontramos una razón oculta: si el desaparecido tiene familia o ha dejado bienes de alguna consideración, sobre los que desde lejos había ejercido de algún modo control o administración, e intempestivamente cesan esos actos, ignorándose desde entonces su paradero, la probabilidad de su muerte se acentúa, porque lo normal, lo ordinario —que es lo que se presume— es que las personas mantengan con los suyos un intercambio afectivo, y que el propietario de los bienes se preocupe de éstos como se había preocupado antes; lo anormal, lo excepcional, es que inopinadamente olvide a sus parientes y busque el olvido de sí mismo, o que abandone su patrimonio sin motivo alguno aparente. Descansando

en ese fundamento de probabilidad, de un hecho que se apoya en el orden natural de las cosas, la certeza adquiere vigor y da vida a la presunción legal, afectada, eso sí, de profunda anemia, porque la situación anormal a que nos hemos referido puede obedecer a otras causas: enajenación mental, etc.

La segunda situación contempla dos circunstancias de certeza poco común: a) Que la persona de quien se trata recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, y b) Que nada se ha sabido de ella, después. En este caso, lo más probable es su fallecimiento y la presunción legal, como ninguna otra, tiene plena justificación.

Enneccerus afirma que el principio de presunción de muerte se ha formado en Alemania, tan pronto como el desaparecido hubiera cumplido setenta años de edad. "Sobre esta base —dice— surgió en el Siglo XVIII un especial procedimiento intimatorio que llevaba a una declaración judicial de muerte. Esta doctrina, construida especialmente por los juristas sajones, se debe considerar como de derecho común. Pero también en Silesia tuvo alguna difusión la opinión de que procedía exigir el transcurso del plazo de prescripción de treinta años desde el momento en que se **hubieren tenido** las últimas noticias del ausente".

Y en las Siete Partidas (Ley 14, Título 14, Partida 3) leemos: "Si aquel de cuya muerte dubdan, dizen que en extraña e luenga tierra es muerto, e grand tiempo es pasado, assi como diez años arriba, abonda que prueven que es fama entre los de aquel lugar e que públicamente dizen todos es muerto".

Laurent, con esa profundidad de examen que le es tan propia, observa que en el desaparecimiento de un individuo surgen dos presunciones (en sentido de conjetura): una de muerte, por la falta de noticias, y otra de vida, por su curso ordinario. La consecuencia precisa, para él, es la incertidumbre.

Cumplidos los requisitos del hecho base al que habíamos aludido, la presunción de muerte debe ser declarada por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el Ecuador, a petición de cualquiera persona que tenga interés en ella, formulada después de seis meses, por lo menos, desde la última citación al desaparecido, que con-

forme a la "condición" 2<sup>a</sup> del art. 73, debe hacerse por tres veces en el período de un año (mediando cuatro meses entre cada dos citaciones) en el Registro Oficial.

En este punto, creemos indispensable la reforma del Código Civil. Las citaciones no deben hacerse solamente en el Registro Oficial, sino también por otros medios de publicación. El Registro Oficial apenas es leído por algunos funcionarios públicos y generalmente sólo por los abogados y los estudiantes de Derecho, debiendo observarse, además, que a unos y otros sólo les interesa la lectura de las Leyes, Reglamentos o Acuerdos que tienen relación con el cargo administrativo que ejercen, con el ejercicio profesional o con los estudios de Jurisprudencia. Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que muy ocasionalmente los particulares demuestran algún interés por conocer dicha publicación.

De la declaración de muerte presunta se derivan efectos de capital importancia y, por lo mismo, creemos que las citaciones prescritas por la ley deben ser hechas en forma tal que puedan ser conocidas por el mayor número de personas y lleguen de algún modo al citado, confiando para ello con los actuales medios de divulgación, principalmente los diarios y la radio. Por otra parte, la ley debería considerar un medio más propicio de que la citación llegue a ser conocida por el desaparecido, y a este fin sugeriríamos que se imponga a los agentes diplomáticos el deber de citarle mediante publicaciones en un diario de mayor circulación en los respectivos países. Solamente así podría cerrarse las puertas a posibles arbitrariedades.

En las diligencias procesales tiene intervención el Ministerio Público, representado por uno de los Agentes Fiscales de la Provincia.

En cuanto al día presuntivo de la muerte, es necesario distinguir también las dos situaciones que anteriormente mencionamos:

a) Si se trata de un simple desaparecimiento, es decir, que el desaparecido no estuvo amenazado por ningún peligro grave, se fija como tal día el último del primer bieño, contado desde las últimas noticias; y b) Si la persona de quien se trata recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, y después nada se ha sabido de ella,

el día presuntivo de la muerte es el día mismo de la acción de guerra, del naufragio o del peligro, y si éste no puede ser determinado, el juez adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso.

Se ha discutido si el día de las últimas noticias es aquél en que fueron enviadas o aquél en que fueron recibidas. Nosotros creemos que debe regir el criterio de recepción, no de envío, estimando que nuestro Código Civil parece inspirado en la institución silesiana, en la cual se alude al momento en que las últimas noticias se **hubieren tenido**.

Los efectos de la declaración de muerte presunta son diversos en una y otra situación. En el primer caso, se concede únicamente la posesión provisional de los bienes, después de diez años contados desde la fecha de las últimas noticias, o lo que es lo mismo, después de ocho años contados desde el día presuntivo de la muerte; la posesión definitiva sólo procede cuando cumplidos esos diez años, se probare que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido (mayores probabilidades de muerte en razón de la edad) o que, sea cual fuere la edad del desaparecido, han transcurrido treinta años (fundamento de prescripción extraordinaria)<sup>1</sup> desde la fecha de las últimas noticias (art. 74). En el segundo caso, en cambio, inmediatamente de la declaración de muerte presunta se concede la posesión definitiva.

La demostración contraria de esta presunción legal puede hacerse por todos los medios de prueba admitidos, pero todos convergerán a un solo punto: justificar que aquél a quien se tenía por desaparecido vive, o que si ha muerto, la fecha de su muerte real es otra que la fijada por la sentencia.

Art. 84.—“El que reclama un derecho, para cuya existencia se suponga que el desaparecido ha muerto en la fecha de la muerte presunta, no estará obligado a probar que éste ha muerto verdaderamente en esa fecha; y mientras no se presente prueba en contrario, podrá usar de su derecho, en los términos de los artículos precedentes.

Y por el contrario, todo el que reclama un derecho, para cuya existencia se requiera que el desaparecido haya muerto antes o después de esa fecha, estará obligado a probarlo; y sin esa prueba no podrá impedir que el derecho reclamado pase a otros, ni exigirles responsabilidad alguna”.

Este artículo está afirmando la esencia de las presunciones legales relativas: son suposiciones de prueba, en tanto no se demuestre lo contrario.

La declaración de muerte presunta tiene pleno vigor en orden a amparar el derecho que nace partiendo del supuesto que el desaparecido ha muerto en la fecha que fija la respectiva sentencia, sin que nada deba probarse para ejercer ese derecho. Pero cuando éste depende, para que exista, de que la muerte haya acaecido antes o después de la fecha fijada por el juez, quien reclama ese derecho debe probar la muerte real del desaparecido, con pruebas directas que tengan la suficiente fuerza de convicción, capaz de destruir la presunción legal viviente en la sentencia. (2).

#### Autorización marital:

Art. 171.—“Se presume la autorización del marido en la compra de cosas muebles que la mujer hace al contado.

Se presume también la autorización del marido en las compras al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia.

Pero no se presume en la compra al fiado de galas, joyas, muebles preciosos, aun de los naturalmente destinados al vestido y menaje; a menos de probarse que se han comprado o se han empleado en el uso de la mujer o de la familia, con conocimiento y sin reclamación del marido”.

Aquí tenemos un tipo especial de presunción. Según el artículo transrito, la presunción legal tiene lugar en tres casos:

1º—Cuando la mujer **compra** al contado cosas muebles, sean éstas las que fueren;

2º—Cuando la mujer realiza compras **al fiado** de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, y

3º—Cuando la mujer compra **al fiado** galas, joyas, muebles preciosos y se prueba: a) Que se han comprado pa-

(2) Llama profundamente la atención que los reformadores de la Ley de Matrimonio Civil y Divorcio —incorporada hoy al Código— no hayan considerado, para la terminación del matrimonio, la sentencia que declare la muerte por presunción, en el caso de desaparecimiento por más de cuatro años, cuando el desaparecido recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba, o le sobrevino otro peligro semejante, ya que en verdad esta situación, que ofrece mayores probabilidades de muerte, debiera prevalecer sobre el simple desaparecimiento por diez años. Nos referimos al Art. 127, numeral 3º, cuya reforma insinuamos.

ra o se han empleado en el uso de la mujer o de la familia, y  
b) Con conocimiento y sin reclamación del marido.

En los dos primeros casos, la presunción legal tiene existencia autónoma y por sí misma hace las veces de prueba en favor de la autorización marital, como interpretación de voluntad o explicación de hechos, en tanto no se demuestre lo contrario. Pero, en el tercer caso, nos encontramos ante una presunción *sui generis*, una presunción que para ser tal, requiere la prueba de haber sido compradas las cosas para la mujer o la familia o que se han empleado en el uso de ellas, con conocimiento y sin reclamación del marido.

Cuando el inciso 3º, en su parte primera, expresa que la autorización marital "no se presume" no significa que está negando la presunción que puede hacer el hombre, con vivencias de presunción legal, porque hemos dicho ya que ésta sólo puede existir por declaración de la ley. El legislador quiere indicar o aclarar que la presunción de que trata sólo puede ser admitida cuando resulta de pruebas seguras; lo cual se colige de la excepción que consagra en la parte segunda, en la que regula la carga de la prueba.

La presunción legal, en la compra al contado, se funda en que siendo el marido el Gerente de la sociedad conyugal, es él quien ha proporcionado el dinero necesario para las adquisiciones a hacerse y es él quien ha encomendado a la mujer —su socio— la ~~realización~~ de la compra. El hecho base, entonces, lo encontramos en el manejo y disposición del dinero por parte de la mujer, del que la ley infiere dicha presunción.

La relacionada con la compra **al fiado** de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, tiene un fundamento de **necesidad** del vivir cotidiano, pues sería absurda la exigencia de autorización marital para cada caso en que la mujer, sin disponer de dinero, necesite obtener provisiones al fiado.

La que a manera de excepción contiene la segunda parte del inciso final, tiene como hecho base el haberse comprado para o haberse empleado en el uso de la mujer o de la familia las galas, joyas o muebles preciosos obtenidos por compra al fiado, con conocimiento y sin reclamación del marido.

La prueba es admisible por todos los medios, y se dirigiría a demostrar que el marido no ha concedido su autori-

zación a la mujer, lo que —dicho sea de paso— provocaría serios conflictos y no pocos fraudes. Y al tratarse de la tercera presunción, que se erige **sobre la prueba** de haberse comprado al fiado para el uso de la mujer o de la familia o haberse empleado en ese uso las cosas adquiridas, con el conocimiento y sin la reclamación del marido, ¿qué prueba podría destruir la presunción legal? La prueba contradictoria tendría que dirigirse a eliminar el hecho base: el no conocimiento, o a demostrar que habiendo ese conocimiento ha mediado algún motivo que ha imposibilitado formular la reclamación. Probado el hecho base, la excepción declinatoria de la autorización marital, si hemos de ser sinceros, sólo tendría significado de argucia, de recurso de mala ley.

Para unos comentadores, no se trata de una autorización marital presunta, sino de una verdadera autorización tácita; para otros, hay un mandato presunto, y ha surgido, por último, la teoría del mandato doméstico.

Se concibe que el marido ha concedido a la mujer una autorización tácita y general para todo lo que se relacione con sus atribuciones de ama de casa, autorización admitida solamente en los casos que la ley permite, como el que nos ocupa; o que el marido ha conferido un mandato presunto a la mujer para todas las operaciones inherentes al hogar. La teoría del mandato doméstico es defendida por Binet y robustecida en la concepción jurídica de Demófilo de Buen, que en síntesis reproducimos:

"En todos los hogares —dice Binet— se ve realizar diariamente todos los actos que interesan a la vida doméstica, comprar los alimentos y los vestidos al contado o a crédito, tratar con los domésticos y los proveedores, sin que jamás se haya pensado en impugnar la validez de estos actos que, sin embargo, realiza la mujer sin autorización del marido". . . . "no hay en la libre actividad de la mujer, como ama de casa, una excepción propiamente dicha al principio de la incapacidad. La mujer casada, cuando realiza los actos propios de su dominio, no deja de ser incapaz; lo que ocurre es que obra en nombre del marido: jurídicamente es el marido el que realiza por medio de ella los actos en cuestión".

Demófilo de Buen estima que la mujer tiene el carácter de **mandatario legal** cuando se trata de la compra al contado o al fiado de cosas destinadas al uso ordinario de la familia, sin que le sea dado al marido revocar ese poder, puesto que **no es él quien lo concede, sino la ley**, y la mujer, por

su parte, tampoco tiene derecho a realizar un acto que excede de las facultades que **la ley le confía**, pues si lo hiciera así, el acto adolecería de nulidad.

El doctor Luis Felipe Borja se inclina a la teoría del mandato tácito, y propone la siguiente redacción del artículo que examinamos: "La mujer procede en virtud de mandato tácito del marido cuando compra al contado cosas muebles, y cuando compra al fiado objetos destinados a satisfacer las necesidades reales y efectivas de la familia. Si el marido revoca el mandato tácito, debe notificar la revocación al público o a las personas que contraten con la mujer".

Planiol señala que conforme a la concepción tradicional francesa, elaborada en el Siglo XVI, la mujer no tiene capacidad propia, pero se considera que en los actos a que aludimos, obra representando a su marido, quien actúa por su mediación. Es la teoría del mandato doméstico que mantiene la jurisprudencia moderna, sin que texto alguno la proclame de manera expresa.

Nos permitimos observar, por último, la redacción defectuosa del art. 171, en su parte final: "...a menos de probarse que **se han comprado** o se han empleado **en el uso** de la mujer o de la familia... La redacción que correspondería, siguiendo el régimen de las preposiciones, sería la siguiente: "...a menos de probarse que **se han comprado para** el uso de la mujer o de la familia o se han empleado **en ese uso**".

Sobre el art. 176 nos ocuparemos en el lugar correspondiente, ya que la ley ha señalado una prueba determinada para enervar la presunción de autorización general que dicho precepto contiene.

#### Autorización del padre:

Art. 250.—"Si el hijo de menor edad, ausente de la casa paterna, se halla en urgente necesidad en que no puede ser asistido por el padre, se presumirá la autorización de éste para las suministraciones que se le hagan por cualquiera persona, en razón de alimentos, habida consideración a la fortuna y rango social del padre.

Pero si el hijo fuere de mala conducta, o si hubiere motivo de creer que anda ausente sin consentimiento del padre, no valdrán contra el padre estas suministraciones, sino en cuanto fueren absolutamente necesarias para la física subsistencia personal del hijo.

El que haga las suministraciones deberá dar noticia de ellas al padre, lo más pronto que fuere posible. Toda omisión voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad del padre.

Lo dicho del padre en los incisos precedentes, se extiende, en su caso, a la madre o a la persona a quien, por muerte o inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo".

El doctor Luis Felipe Borja cree que en este caso no es propia la palabra presunción, ya que no cabe prueba contraria si concurren las circunstancias previstas por el artículo que estudiamos: el padre debe siempre los alimentos al hijo menor de edad, y cuando no los da directamente, debe satisfacer el valor de los mismos a la persona que los suministre, en su falta.

El artículo se refiere a dos situaciones: a) El hijo de buena conducta se halla ausente de la casa paterna por alguna circunstancia especial, con el consentimiento del padre, y b) El hijo de mala conducta está ausente de la casa paterna, o aunque no fuera de mala conducta, hay motivos para creer que anda ausente sin consentimiento del padre. En la primera, se deben alimentos congruos, y en la segunda se deben alimentos necesarios.

Para los efectos de la ministración de alimentos congruos, el hecho base de esta presunción legal relativa, es la ausencia del hijo, acompañada de la **urgente necesidad** en que no puede ser asistido por el padre (un estudiante en internado, por ejemplo), debiendo las ministraciones acondicionarse a la fortuna y rango social del padre.

En lo referente al suministro de alimentos necesarios, se agregan las cirunstancias de que el hijo sea de mala conducta o que haya motivos para creer que anda ausente sin la autorización del padre, circunstancias que complementan el hecho base de la presunción legal y que privan al hijo de los alimentos congruos, limitándolos a los necesarios.

La tesis sustentada por el doctor Borja en sus Estudios sobre el Código Civil Chileno en cuanto "lo que basta a la subsistencia de un peón de albañil no es suficiente para la vida de una persona criada en la abundancia", debe ser admitida con reservas. Es acaso indiscutible en cuanto se refiere a los alimentos congruos, dada la actual organización social, pero la consideramos inaplicable, por lo menos teóricamente, en lo que se refiere a los alimentos necesarios para la "física subsistencia personal" de los individuos, que

significan de manera inmediata la supervivencia de éstos, su conservación misma.

Dentro de la gama infinita de necesidades humanas que se han agrupado o clasificado en naturales y artificiales, de la existencia y de la cultura, fisiológicas y psicológicas, etc., se ha establecido una escala que por el orden de importancia de las mismas, diríamos que parte de la elemental y primitiva necesidad de conservarse, hasta la necesidad artificial del lujo de las sociedades más civilizadas.

El hombre requiere del alimento para mantener la masa corpórea y para compensar el gasto de energías, y para que el alimento —“toda especie química capaz de dar al organismo su substancia específica, su energía y ciertas sustancias que regulan su nutrición”— cumpla esta finalidad, ha menester que sea suficiente, completo y equilibrado en sus composiciones fundamentales: agua, sales, vitaminas, proteínas, grasas e hidrato de carbono.

El hambre y la sed constituyen el grito del organismo que advierte la necesidad de reparar fuerzas perdidas y cubrir el gasto de energías. Los fisiólogos establecen una diferencia entre los conceptos de hambre y apetito. “Hambre —dicen— sería la sensación dolorosa, más o menos aguda, localizada al nivel del epigastrio, que experimenta el sujeto después de cierto tiempo de no ingerir alimentos, pues el hambre se relaciona más con la cantidad que con la calidad...” “El apetito —agregan— sería consecuencia del gusto, pues se relaciona más con la calidad que con la cantidad de los alimentos”. Y mirando la cuestión desde el punto de vista psicológico, asignan al apetito la calidad de un estímulo intelectual, que según los psicólogos puede perdurar aún en desapareciendo el hambre, que es la necesidad imperiosa de tomar alimentos.

Wicksell evoca a Adam Smith, cuando señala que la necesidad de alimentos sentida por los seres humanos choca con el límite de sus propios estómagos, y nos habla de que posteriores investigaciones establecen que “una persona en condiciones dadas, trabajando de un modo normal, consume por lo general cantidades casi constantes de los principales alimentos, a saber: aproximadamente 120 grms. de albúmina, 50 o 60 grms. de grasa, y poco más o menos 500 grms. de hidratos de carbono”.

Si considerado este supuesto de **consumo normal** se produjera una reducción sensible o una ampliación excesiva, devendría la incapacidad física del individuo, en el primer caso, o la inutilidad del consumo, aparte de graves trastornos orgánicos, en el segundo.

No creemos que las suministraciones "absolutamente necesarias para la física subsistencia", como exige el artículo que comentamos, puedan diferir notablemente al tratarse de un peón de albañil o de un señorito de apellido sonoro. Las necesidades orgánicas, para la conservación de la vida son las mismas en uno o en otro individuo y deben ser satisfechas por los mismos medios, tanto que el artículo de ley invocado alude a consideraciones de fortuna y rango social del padre, sólo en lo relativo a los alimentos congruos.

Ahora, que en el orden de los hechos, los medios con los que se satisfacen las necesidades esenciales de la existencia son en realidad diferentes, ello obedecerá al amparo que busque el menor de edad ausente de la casa paterna: el hijo del peón de albañil se refugiará en los hogares humildes, identificándose con los maltratados por la vida; el hijo del señor acomodado buscará el refugio de hogares económicamente prósperos, que le permitirán satisfacer aquel estímulo intelectual que dice referencia al gusto, que no a la necesidad en sí misma. **HISTORIA** Y **SOCIOLOGÍA** Si por alguna circunstancia excepcional el hijo del peón de albañil llega a los hogares en donde ríe la abundancia, indudablemente se le dará el mismo trato que se da a la servidumbre.

Por lo demás, para que la presunción legal tenga vigencia y acerree la obligación del padre de pagar las suministraciones hechas al hijo menor de edad, es necesario un requisito: el que ministra los alimentos debe dar noticia al padre lo más pronto que le fuere posible, derivándose de su omisión voluntaria la irresponsabilidad del padre o de la madre o de quien deba los alimentos.

#### Autenticidad de los documentos del estado civil.

Art. 340.—"Se presumirán la autenticidad y pureza de los documentos antedichos, si estuvieren en la debida forma".

Este artículo se refiere a las copias tomadas del Registro Civil, como partidas de matrimonio, nacimiento, defunción, etc., y el hecho base en que se apoya la presunción le-

gal de autenticidad y pureza, es la debida forma en que se halle extendido el documento: autenticidad por las firmas de los respectivos funcionarios, y pureza por la exactitud de los hechos que puntuala.

La frase "si estuvieren en la forma debida" la hemos entendido como alusión a los requisitos externos, es decir que el documento lleve un texto de partida correspondiente y las firmas de los competentes empleados de Registro Civil, aunque el texto sea forjado. La presunción, entonces, podría ser anulada mediante la inspección de los originales a que el documento se refiera, estableciéndose que en esos originales no existe tal partida o que no es copia exacta y que consiguientemente se han desfigurado los hechos constantes en la inscripción. Mientras esto no se demuestre, el documento se reputa auténtico y puro. Puede también enervarse la presunción de autenticidad, si se acredita que las firmas puestas en el documento no son realmente de los empleados que debieron autorizarlo. Un documento falso no puede probar hecho alguno.

La Ley de Registro Civil Codificada (Registro Oficial N° 245, de julio 12/48) prescribe la forma de extenderse las antedichas copias y las solemnidades para la validez de las inscripciones:

Art. 53.—Son solemnidades cuya omisión anula la inscripción las siguientes: 1<sup>a</sup>) La expresión del lugar y fecha de la inscripción;—2<sup>a</sup>) La designación de la persona de cuyo estado civil se trata y la determinación del hecho que le constituye;—3<sup>a</sup>) La firma de los interesados o testigos, y 4<sup>a</sup>) La firma del Jefe de Oficina y la autorización del Secretario.

Art. 58.—La inscripción de un estado en el Registro correspondiente, da la posesión legal del mismo y faculta para ejercer los derechos concernientes a él, mientras no se declare la nulidad o falsedad de una partida, o de la existencia del estado de cuya inscripción se trate.

Art. 60.—A petición de cualquiera persona o autoridad, el Jefe de la Oficina conferirá una **copia exacta** de las partidas que constan en los Registros a su cargo.—Para que esta copia tenga valor legal, es preciso que se extienda en papel del sello correspondiente y se halle autorizada por el Jefe y Secretario de la respectiva Oficina, quienes no cobrarán derecho alguno.

Art. 61.—Las copias de una inscripción conferidas en **forma legal**, son instrumentos públicos y comprueban plenamente el hecho de la inscripción.

Según los arts. 60 y 61 de la Ley de Registro Civil que acabamos de transcribir, parece que la "forma debida" comprende no sólo el aspecto externo sino también un aspecto interno: la exactitud del texto, y si la copia conferida en la forma legal es un instrumento público que comprueba plenamente el hecho de la inscripción, podemos afirmar que el art. 340 del Código Civil —admitiendo que ha tomado en este sentido la frase "si estuvieren en la forma debida"— no establecería propiamente una presunción legal sino que definiría la autenticidad y pureza del documento, que en este caso no pueden ser desvirtuadas de ningún modo.

Creemos conveniente expresar, además, que las inscripciones del Registro Civil únicamente acreditan la declaración de los hechos, pero no los hechos en sí mismos.

#### Autorización del curador:

Art. 475.—"El curador representa al menor, de la misma manera que el tutor al impúber.

Podrá el curador, no obstante, si lo juzgare conveniente, confiar al pupilo la administración de alguna parte de los bienes pupilares; pero deberá autorizar, bajo su responsabilidad, los actos del pupilo en esta administración.

Se presumirá la autorización para todos los actos ordinarios anexos a ella".

La ley atribuye falta de jucio suficiente a los menores de edad para la administración de sus cosas y para obligarse por sí solos. De ahí que dispone la asistencia de un curador que los represente en la realización de esos actos. Por excepción puntuizada en este artículo, puede el curador, si lo juzga conveniente, confiar al pupilo —adulto emancipado pero sometido a curaduría— la administración de alguna parte de los bienes pupilares, debiendo autorizar, bajo la responsabilidad de la guarda, los actos del pupilo en dicha administración.

La presunción legal surge del hecho de haber sido confiada al pupilo la administración de una parte de sus bienes. Es obvio que al confiarse "la administración", que es lo genérico, se ha confiado también la realización de los actos inherentes a ella, que es lo específico, y para los cuales, de

hecho, se entiende concedida la autorización del curador, y en este sentido hay una verdadera autorización tácita y no simplemente una autorización presunta. Ninguna prueba sería capaz de eliminar la presunción legal una vez justificado el hecho base de la entrega de los bienes pupilares por parte del curador, aunque teóricamente están admitidos todos los medios probatorios para enervarla.

La autorización expresa de quien ejerce la guarda quedaría reducida a los actos relativos a la parte de bienes cuya administración no ha sido confiada al pupilo; pues, debemos observar que la ley no autoriza la entrega total sino parcial. Y sería necesaria también para los actos extraordinarios de la administración confiada al pupilo, en cuanto requieren de su intervención para ser válidos. contratos de arrendamiento, hipoteca, etc.

#### **Curaduría de derechos eventuales:**

Art. 521.—"La persona designada por el testamento del padre para la curaduría adjunta del hijo, se presumirá designada asimismo para la curaduría de los derechos eventuales de este hijo, si mientras él está en el vientre materno, fallece el padre".

Curaduría adjunta, según los términos del art. 380, es la que se da a las personas que están bajo potestad de padre, madre o marido, o bajo tutela o curaduría general, para el ejercicio de una administración separada, e independiente de los respectivos padres, marido o guardadores, conforme lo dispone el art. 528.

Se da curador adjunto al hijo cuando el padre es privado de la administración del todo o parte de los bienes de ese hijo, en estas dos situaciones: a) Por inculpación de dolo o de grave negligencia habitual en dicha administración, y b) Por suspensión de la patria potestad, mediante resolución judicial, que ha lugar por estar el padre demente o sordomudo o en entredicho de administrar sus propios bienes o por su larga ausencia de la que se siga perjuicio grave en los intereses del hijo.

El art. 384, inciso 2º no se refiere a las otras circunstancias en que el padre es también privado de la administración del todo o parte de los bienes del hijo, a saber: c) Pérdida de la patria potestad; d) Condición expresa de que las cosas dadas al hijo en calidad de herencia, donación o legado, no sean administradas por el padre, y e) Incapaci-

dad o indignidad, a virtud de las cuales han pasado al hijo las herencias o legados, o por haber sido desheredado el padre. Y es que cuando termina la patria potestad del padre sobre sus hijos no emancipados, ella corresponde a la madre, con todos sus derechos y obligaciones, y es obvio, por otra parte, que el testador o donante, al tiempo en que impone la condición de que los bienes dejados al hijo por herencia o legado, o entregados por donación, no estén sometidos a la administración del padre, habría ya designado el curador que ha de representarle a aquél, y si no lo hiciere, es aplicable el art. 720, que prevé la designación de curador para la administración de este peculio adventicio ordinario o extraordinario. (3). Por último, no habiendo curaduría legítima o testamentaria, procede la curaduría dativa.

Puede también designarse curador adjunto cuando el menor se encuentra bajo tutela o curaduría general. Si la denominación de tutor corresponde a la guarda del impúber, y la de curador a la guarda del menor adulto, la denominación de curador adjunto corresponde a la administración separada de bienes de únos y otros.

Ahora bien. Conforme al art. 521, la persona designada por el testamento del padre para la curaduría adjunta del hijo, designación para la que está autorizado por los 283 y 390, se presumirá designada también para los derechos eventuales de dicho hijo, si mientras él está en el vientre materno, fallece el padre.

Aquí no hay verdaderamente una presunción legal susceptible de prueba contraria, sino una norma supletoria de la voluntad del testador, en cuanto el padre no ha ejercido el derecho que le confiere el art. 392. La misma ley hace extensiva al curador adjunto la defensa de los derechos eventuales del que está por nacer, y entonces la norma adquiere todos los caracteres de una regla que no admite demostración contraria, pues sería imposible acreditar que fué otra la intención del padre, que yace bajo tierra.

#### **Remoción de tutores y curadores: descuido habitual.**

Art. 575.—"Se presumirá descuido habitual en la administración por el hecho de deteriorarse los bienes, o disminuirse considerablemente los frutos; y el tutor o curador que no desvanezca esta presun-

(3) Según el padre haya sido privado o no del usufructo.

ción, dando explicación satisfactoria del deterioro o disminución, se-rá removido".

El deterioro de los bienes o la disminución considerable de los frutos dan nacimiento a esta presunción legal, considerada la obligación que tiene el guardador de administrar los bienes "como buen padre de familia".

Esta presunción legal relativa, tan débilmente expuesta, puede ser enervada por una simple explicación satisfactoria del deterioro o disminución, y, con mayor razón, por todos los medios de prueba admisibles en derecho, que demuestren evidentemente el no descuido habitual del guardador.

#### Accesión de cosa mueble a otra: consentimiento.

Art. 699.—"El que haya tenido conocimiento del uso que de una materia suya se hacia por otra persona, se presumirá haberlo consentido, y sólo tendrá derecho a su valor".

La presunción legal relativa contenida en este artículo alude a una especie de accesión de cosa mueble a otra mueble: la mezcla, y se halla fundada en el conocimiento que ha tenido el dueño de una de las materias mezcladas, acerca del uso que otra persona hacia de esa materia. Lo normal, lo ordinario, es que el dueño de una cosa —si sabe que la está usando un tercero— reclame contra ese uso arbitra-rio. Su silencio, en este caso, tiene significado de consentimiento tácito, pues su voluntad se manifiesta en el hecho mismo de permitir que la mezcla se realice, pudiendo im-pe-dirlo.

Puede demostrarse, sin embargo, que aun conociendo el dueño de la materia mezclada, ese uso, no pudo manifes-tar su oposición por imposibilidad física o cualquiera otra causa, o justificarse simplemente que había expresado su oposición. Vemos así que aun probado el hecho base del con-nocimiento, la presunción en sí misma puede ser desvirtua-da con pruebas contradictorias.

#### Posesión:

Art. 732.—"Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor ó dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien otra persona en su lugar y a su nombre.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo".

"Beatus in jure qui possidet", decían los romanos.

La presunción es, ante todo, un principio de conservación del orden social, una necesidad de éste de suponer que la posesión es un modo de manifestarse el dominio, porque entre aquélla y éste hay semejanzas de tanta magnitud que ante la mirada de los extraños no hay diferencia alguna entre la forma cómo se conduce el propietario y la forma cómo se comporta el poseedor: a) Tanto la propiedad como la posesión recaen sobre una cosa determinada; b) Tanto una como otra son exclusivas y excluyentes, es decir que sólo admiten un propietario o un poseedor; pues, los coposeedores están limitados en su posesión, de la misma manera que están limitados los copropietarios en su dominio, y c) En la posesión encontramos el ánimo de señor o dueño, característica profunda de la propiedad.

Paralelamente, se han mencionado las diferencias existentes entre propiedad y posesión: a) El dominio supone una relación jurídica entre el propietario y la cosa; la posesión es una relación de hecho; b) El dominio sólo se puede adquirir por un modo; en cambio, se puede poseer una cosa por varios títulos, y c) El dominio está protegido por una acción real, la reivindicatoria, en tanto que la posesión está amparada por las acciones posesorias.

El señor doctor Francisco Páez R., Profesor de la Universidad Central, brillantemente supo demostrar, en una de sus clases (4), que estas diferencias no se han establecido mirando el aspecto intrínseco de la cuestión. Decía: "Tanto el dominio como la posesión son relaciones jurídicas: no serán las mismas y de ahí la diferencia en los **efectos** jurídicos. Al hablar del dominio se alude al modo, mientras se mencionan títulos al referirnos a la posesión y, por tanto, no hay un denominador común. Si, en verdad, el dominio está protegido por la acción reivindicatoria, no es menos cierto que esta misma acción ampara la posesión regular, según el texto del art. 956". "Los caracteres diferenciales —agregaba— los encontraríamos: a) La propiedad es el poder legal; la posesión es el poder de hecho, la forma exterior de la pro-

(4) Anhelamos que la versión contenida en este trabajo corresponda exactamente a las palabras del señor doctor Páez, quien gentilmente nos franqueó la entrada a las clases que él dictaba al Paralelo "B" del Segundo Curso, las que escuchábamos con fervor, y hacemos propicia la oportunidad para presentarle nuestro profundo agradecimiento por habernos concedido escuchar sus valiosas enseñanzas.

piedad; b) La propiedad da derecho a la posesión; la posesión llega a la calidad de derecho por el hecho mismo de la posesión, es decir, que el poseedor hace depender de ésta sus derechos, y c) Cabe la posesión sin título, pero sin éste no es posible la propiedad".

La posesión entraña dos elementos: uno material, que es el corpus, y otro intelectual, que es el ánimus. Para Savigny tiene mayor valor el elemento psicológico: el ánimo de señor o dueño. Esto es más notable cuando observamos que conforme a nuestra legislación, si bien se requiere la presencia del corpus y del ánimus para obtener la posesión, para conservarla basta únicamente el ánimo, toda vez que el corpus puede estar en poder de un tercero que lo tiene a nombre del poseedor, revelándose de este modo la prevalencia del elemento psicológico, prevalencia que adquiere mayor relieve si consideramos, aún más, que la posesión puede "tomarse" por medio de un mandatario o representante legal.

Ihering anota que ningún principio de posesión existiría si se dejase un objeto en manos de un hombre dormido.

Y Luis Miraglia afirma: "Una cosa es el jus possidendi y otra es el jus possessionis: el primero es consecuencia del derecho de propiedad; el segundo, distinto y separado de la plena potestad, forma una institución independiente, a se". "La posesión jurídica comprende dos elementos: una cosa y un poder de hecho sobre la misma, y la intención de tener la cosa para sí y de obrar sobre ella". "La cosa y el poder de hecho sobre la cosa debe unirse a la persona de tal manera, que haga nacer en ella la conciencia de la posibilidad de gozar de la cosa misma o de ejercitar tal poder sobre la misma".

El hecho base de la presunción legal de dominio es la posesión, que comporta una relación directa entre persona y cosa, que sólo cede ante el derecho de propiedad, cierto y efectivo, y por tanto, puede ser eliminada si otra persona justifica ser el dueño de la cosa determinada objeto de la posesión. La carga de la prueba gravita sobre quien discute la propiedad al poseedor, pudiendo valerse de todos los medios probatorios si se trata de cosas muebles, y solamente del título constitutivo o translativo de dominio, debidamente inscrito, en tratándose de inmuebles.

Art. 734.—"La posesión puede ser regular o irregular. Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de

bueno fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.

Si el título es translativo de dominio, es también necesaria la tradición.

La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título”.

La posesión regular demanda la existencia de estos elementos: a) Justo título; b) Adquisición de buena fe, aunque ésta desaparezca después de obtenida la posesión, y c) Tradición, cuando el título fuere translativo de dominio.

El Código Civil, en su art. 736, enumera taxativamente los títulos no justos, de donde se concluye que es justo título todo aquél que no está contenido en dicha enumeración, como el de venta de cosa ajena —que la ley ha declarado válida— y si el que ha comprado de buena fe a quien no es el dueño llega a ser poseedor regular, hemos de concluir que la venta de cosa ajena constituye justo título.

La buena fe está definida por el inciso 1º del art. 738 y exemplificada en el inciso 2º: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios ilegítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Por consiguiente, para que la buena fe exista es necesario: a) Que el adquirente esté convencido que recibió la cosa de una persona que, teniendo capacidad de ejercicio, estaba asistido del derecho para enajenarla, y b) Que se halle también convencido de haberse llenado todos los requisitos que exige la ley para que haya justo título.

En las Siete Partidas (Ley 14, Título 29, Partida 3º y Ley 9, Título 33, Partida 7) encontramos los siguientes pasajes: “...el yerro aviene por derecha razón nol debe empecer” y “Abuena fe decimos que compra o gana homen la cosa quando cree que el que gela da o gela vende, habie derecho o poderío de lo facer. Et mala fe aquel que compra o gana la cosa agena sabiendo que non es de aquel de quien la hobo, nin habie poder de la enagenar”.

Es poseedor de buena fe —dice Lessona— quien posee como propietario en virtud de un título hábil para transmitir el dominio y del cual ignoraba los vicios.

El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe, porque ésta ha de entenderse como un estado psi-

cológico engendrado por un error que no atañe a la ignorancia de la ley sino a la ignorancia del hecho, como el que compra a un menor de edad que por su aspecto físico revela tener veinticinco años o más. Aprovecha non sumo jure sino por equidad.

En el momento oportuno nos ocuparemos de la mala fe.

El tercer elemento de la posesión regular, si el título es translativo de dominio, es la tradición, y a ésta se refiere la presunción legal contenida en el art. 734, pero sólo en cuanto se trata de la tradición de cosas muebles: no la hay respecto de inmuebles o de otros derechos reales como el usufructo. Se funda en que la cosa está siendo poseída "a ciencia y paciencia" del que debió entregarla.

Creemos que aquí no se trata de una tradición presunta sino de una entrega tácita, y en cierto modo, de una verdadera tradición real, desde que el tradente ha permitido al adquirente la aprehensión material del objeto, permisión colegida de su conformidad ante el acto posesorio. (Art. 717 N° 1º).

La prueba declinatoria de dicha presunción es inasible por nuestro pensamiento, si la presunción legal se levanta sobre el conocimiento y la tolerancia de quien debió entregar la cosa. Quizá pudiera pensarse —como una prueba dirigida a enervarla— en que el obligado como tradente ha estado en inconsciencia, pero esta prueba no atacaría la presunción misma sino el hecho en que se basa: el conocimiento, que entonces estaría ausente de quien se había obligado a efectuar la entrega.

#### Posesión: buena fe.

Art. 739.—"La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria".

"En todos los demás, la mala fe deberá probarse".

Los casos de presunción de mala fe establecidos por la ley, son los siguientes: a) Error en materia de derecho (art. 738, inciso 4º); b) Ocultación de la persona o de la verdadera muerte del desaparecido (art. 86, regla 6<sup>a</sup>); c) Existencia de un título de mera tenencia (art. 2528, regla 3<sup>a</sup>); d) Percepción de frutos por parte del poseedor regular, después de la demanda reivindicatoria (art. 969, inciso 3º, parte segunda); e) Detención u ocultación del testamento,

pues el dolo y la mala fe se equivalen (art. 1029, numeral 5º) y f) Falta de pago que ha motivado la resolución de la venta (art. 1935, inciso 3º).

La presunción legal contenida en este artículo, de aplicación concreta a los problemas inherentes a la posesión y general a cualesquiera otros de la legislación ecuatoriana, tiene como fundamento la inviolabilidad de la persona individual unida a la cosa; es decir que quien posee y ejercita actos de señor o dueño sobre una cosa, ejerce un derecho, y el derecho implica el reconocimiento de los atributos que revisten su ejercicio. La mala fe, como concepto negativo, se opone al derecho y debe ser probada, para que éste retire su amparo a situaciones dadas.

#### Posesión continuada e intermedia.

Art. 751.—"Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.

Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.

Si alguno prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio".

El artículo encierra tres presunciones legales relativas:  
a) La posesión ha continuado ininterrumpida, hasta el momento en que es alegada, si el poseedor ha empezado a poseer a nombre propio; b) Del mismo modo, ha continuado la posesión del que ha empezado a poseer a nombre ajeno, correspondiendo a éste —al de nombre ajeno— los beneficios de la posesión y no al mero tenedor de la cosa, y c) Probada la posesión anterior y poseyendo actualmente la cosa determinada de que se trate, ha existido posesión en el tiempo intermedio.

Las presunciones aquí establecidas no son sino el corolario de todo un sistema protector de los derechos de la posesión, pudiendo ser eliminadas mediante la prueba contradictoria.

El hecho base de la primera es sencillamente haber empezado a poseer a nombre propio: de aquí dimana la presunción legal de que esta posesión ha continuado hasta el momento mismo en que se alega. La prueba contraria, naturalmente, puede converger a destruir ese hecho base o también a demostrar que ha existido alguna interrupción del acto posesorio.

Respecto de la segunda, siendo adversa la presunción para quien ha empezado a poseer a nombre ajeno (hecho base), puede justificarse que posteriormente ha poseído a nombre propio. La persona a nombre de la cual se ha empezado a poseer, tiene la misma situación ventajosa contemplada en el acápite anterior, ya que según el art. 752 —como en otro lugar dejamos anotado— la posesión puede también tomarse por medio de un mandatario o representante legal. La posesión de la cosa no puede ser realizada simultáneamente por sí y por otro, pues es exclusiva y excluyente, y el que la tiene a nombre de otro renueva a cada instante la posesión de ese otro.

La tercera toma como hecho base la posesión anterior, pues no hay motivo aparente para creer que quien tuvo la posesión antes y la tiene hoy, no haya poseído en el tiempo intermedio. "Probatis extremis, praesumuntur probata media", decían los romanos. Y García Goyena comenta: "Presumir la continuación de la posesión en el tiempo intermedio, es más razonable que presumir su cambio o abandono". La prueba destructiva de la presunción legal que en este instante nos ocupa tenderá, entonces, a demostrar la verdad de una posesión intermedia por otra persona.

El Código Español contiene una presunción más, que nos extraña no la contenga nuestra legislación tan rica en presunciones: "Se presume que cada uno posee para sí, mientras no se pruebe que principió a poseer a nombre de otro".

#### Servidumbre de medianería:

Art. 907.—"Toda pared de separación entre dos edificios se presume medianera, pero sólo en la parte que fuere común a los edificios mismos.

Se presume medianero todo cerramiento entre corrales, jardines y campos, cuando cada una de las superficies contiguas está cerrada por todos lados. Si una sola está cerrada de este modo, se presume que el cerramiento le pertenece exclusivamente".

Aquí también encontramos, en un solo artículo, tres presunciones legales relativas: a) Toda pared de separación entre dos edificios, en la parte que fuere común a los edificios mismos, se presume medianera; b) Todo cerramiento entre corrales, jardines y campos, se reputa también medianero, cuando cada uno de éstos está cerrado por todos la-

dos, y c) El cerramiento se presume pertenecer exclusivamente al dueño del corral, jardín o campo que está completamente cerrado, si el predio vecino no lo está.

El legislador apoya estas presunciones en los signos materiales: si una pared presta utilidad por igual a dos edificios, es razonable colegir que los propietarios de uno y otro contribuyeron a levantarla y que ambos cedieron parte de su respectivo terreno para que sobre él se construyera. El hecho conocido, al tratarse de paredes, es la elevación común; la consecuencia es que hasta este punto han edificado los dos propietarios, porque convenía al interés común de ellos. Es obvio suponer también que igual concurrencia ha habido respecto de los cerramientos de corrales, jardines y campos, si ambos predios se encuentran completamente cerrados, porque sólo entonces hay interés común: tanto el uno como el otro de los propietarios ha tratado de hacer aprovechable su corral, jardín o campo. Y es natural también imaginarse que si uno solo de los propietarios ha cerrado su predio por todos lados y el del otro no tiene cerramiento completo, es aquél quien ha efectuado exclusivamente el trabajo sobre su propio terreno, para que le sea aprovechable o para rodearlo de seguridades, mientras el vecino mantiene descuidado su predio.

Pero estas presunciones basadas en los signos materiales, más que suficientemente apreciables por los sentidos, pueden ser enervados con la prueba contraria, porque bien pudo ser uno solo de los propietarios el que levantó el cerramiento o la pared que se presumen medianeros, o pudieron ser ambos los que levantaron el cerramiento que se presume exclusivo.

En las paredes divisorias, la medianería se presume únicamente hasta el punto común de elevación, pues si uno de los edificios es más alto que el otro, la parte superior de la pared que sobresale del mencionado punto común pertenece de manera exclusiva al propietario del edificio que tiene mayor altura.

#### Dolo: ocultación del testamento.

Art. 1029.—"Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios:

.....  
5º—El que dolosamente ha detenido u ocultado el testamento; presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación".

Las Siete Partidas (Ley 17, Título 7, Partida 6) hacen referencia directa a la **sustracción** del testamento y declaran la pérdida de la manda con la que estuviera favorecido el sustractor: "Si algunt home furtase' el testamento en quel hiciesen fecho alguna manda, que la pierde por esta razón..." El numeral que en nuestra legislación examinamos alude a la **detención u ocultación**, de donde se infiere que el testamento ha encontradose en poder o de algún modo ha llegado a manos de la persona que lo detiene u oculta. La Ley de las Siete Partidas sanciona al hurtador; nuestra legislación es más acertada, porque sanciona al simple detenedor u ocultador, aun partiendo del supuesto que ha estado en posesión (lo decimos en sentido de tenencia) del testamento por medios lícitos.

El hecho base de la presunción legal que consta en el art. 1029 numeral 5º, es la detención u ocultación del testamento, y puede ser eliminada aportando prueba conducente a demostrar que una u otra fué realizada sin intención de causar daño, sin intención de irrogar injuria, sino por precaución o por recelos fundados o infundados, pero en todo caso nacidos de buena fe.

En cuanto a su justificación, oigamos al doctor Alfredo Pérez Guerrero: "Por detener, es decir por guardar el testamento sin publicarlo o hacerlo conocer a los demás oportunamente, y, con mayor razón, por ocultarlo, se presume el dolo"... "La detención u ocultación del testamento es una ofensa a la voluntad del testador y al cumplimiento de las disposiciones de su última voluntad. La ley considera sagrada y digna de respeto esa última voluntad y, por ello, es una ofensa a la memoria del testador, la detención u ocultación del testamento. Aparte de que se irroga un perjuicio a los asignatarios designados por el causante".

#### Asignación condicional.

'Art. 1130.—"Si la condición que se impone como para tiempo futuro, consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador, y el testador, al tiempo de testar, lo supo, y el hecho es de los que pueden repetirse, se presumirá que el testador exige su repetición. Si el testador, al tiempo de testar, lo supo, y el hecho es de aquellos cuya repetición es imposible, se mirará la condición como cumplida. Y si el testador no lo supo, se mirará la condición como cumplida, cualquiera que sea la naturaleza del hecho".

Tres son las situaciones que contempla el artículo: a) El hecho que entraña la condición se realizó en vida del testador y él lo supo. Si se trata de hechos que pueden repetirse, la ley **presume** que el testador exige la repetición de ese hecho, y la condición sólo estará cumplida cuando se repita; b) El testador supo que se realizó el hecho, pero no es de los que pueden repetirse. En este caso, la ley entiende que la condición se ha cumplido, y c) El hecho que motiva la condición, sea de los que pueden repetirse, sea de los que no pueden repetirse, fue ignorado por el testador. Entonces, la condición se mira cumplida.

El doctor Alfredo Pérez Guerrero, actual Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Profesor de la Materia en la Universidad Central, cree que este artículo —que solo encierra interpretación— debió suprimirse, dejando a los jueces interpretar las situaciones que contempla.

El hecho se ha realizado en vida del testador, sabiéndolo él, al tiempo de testar, y si es de los que pueden repetirse, **se presumirá** que el testador exige su repetición. He aquí una presunción legal que sin el pomposo nombre de presunción de derecho, ni la anunciada prohibición expresa de prueba en contrario, tiene todas las características de una presunción legal absoluta. Pero no lo es, porque le faltan los elementos constitutivos que prevé el art. 37, que las rige de modo indeclinable. La ley presume la voluntad del testador, y no habrá humano poder que pueda contrarrestar esa "presunción", porque nadie puede hacer hablar a los muertos, que han retornado a la materia inerte, cumplido el ciclo vital.

No se trata propiamente de una presunción legal, sino de una declaración de la ley, supletoria de la voluntad no expresada claramente por el testador, que no puede levantarse de su sueño de muerte para contradecirla. Se trata de una disposición inapelable de la ley, interpretando esa voluntad.

En múltiples pasajes de nuestro Código Civil hay reglas que por la forma tienen la apariencia de presunciones, pero no su naturaleza. En vez de declarar llana y sencillamente la consecuencia de un hecho, o el pensamiento legislativo, se vale de fórmulas equívocas: "se presumirá", "se reputa", "se entiende", "se considera", "se mirará", "se tendrá", etc.; fórmulas que pueden desviar el criterio de un ju-

risconsulto, de un magistrado, y, con mayor razón, de un estudiante; fórmulas que nos pueden hacer creer en presunciones legales absolutas o relativas, cuando en realidad encierran verdaderas disposiciones legales, unas veces imperativas y otras veces declarativas, supletorias o simplemente interpretativas. (Interpretación simultánea o contextual).

### Legado parcial.

Art. 1168.—“Si el testador no ha tenido en la cosa legada más que una parte, cuota o derecho, se presumirá que no ha querido legar más que esa parte, cuota o derecho.

Lo mismo se aplica a la cosa que un asignatario está obligado a dar y en que sólo tiene una parte, cuota o derecho”.

Dos casos nos ofrece este artículo: a) El testador lega una cosa y en ella sólo ha tenido una parte, cuota o derecho, y b) El asignatario es obligado por el testador a dar una cosa y en ella aquél sólo tiene una parte, cuota o derecho. En ambos, la ley **interpreta** que el testador solamente ha querido legar la parte, cuota o derecho que tenía en la cosa legada y que limitó la obligación del asignatario gravado, a dar esa parte, cuota o derecho.

Interpreta de este modo, porque sencillamente el testador no ha mandado expresamente que se adquieran las partes, cuotas o derechos ~~ajenos para que~~ la cosa legada sea íntegramente del legatario, tanto más que está facultado para legar una cosa ajena, imponiendo a los herederos —más propiamente a los asignatarios— la obligación de adquirirla o dar en dinero el justo precio de la misma, si el dueño rehusa enajenarla o pide un precio excesivo.

Igual que en la norma precedente, nada en absoluto puede enervar el vigor de esta “presunción”, si atendiendo a la naturaleza del precepto persistiéramos en llamarla tal.

Ya el doctor Pérez Guerrero nos había advertido que el Código Civil, en materia de legados, era de un casuismo exagerado, porque Bello estuvo animado de un persistente afán de entrar en el examen de los casos particulares para dar mayor claridad a los preceptos de la ley, toda vez que se estaba dando una legislación nueva para pueblos nuevos.

La norma que nos ocupa la estimamos inútil. Cualquier juez, con buen sentido, habría dado a la disposición testamentaria la misma **interpretación** que ofrece la ley, y

ésta quizá habría sido más amena sin esa alarmante monotonía que en esta parte la envuelve.

#### Acrecimiento:

Art. 1207.—“Habrá derecho de acrecer sea que se llama a los coasignatarios en una misma cláusula o en cláusulas separadas de un mismo instrumento testamentario.

Si el llamamiento se hace en dos instrumentos distintos, el llamamiento anterior se presumirá revocado en la parte que no le fuere común con el llamamiento posterior”.

Continúa el legislador con la serie de “presunciones” que en esencia constituyen verdadera interpretación de voluntad tácita, más que de voluntad presunta, y en casos como el presente, interpretación de sus propias normas dispositivas. En efecto, el art. 1271 prescribe que “Un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores”. Y en el segundo inciso agrega: “Los testamentos posteriores que expresamente no revoquen los anteriores, dejarán subsistentes en éstos las disposiciones que no sean incompatibles con las posteriores, o contrarias a ellas”. De aquí resulta; pues, que la ley “presume” aquello mismo que ha dispuesto de modo imperativo.

#### ÁREA HISTÓRICA

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

La voluntad presunta se deduce de actos positivos o negativos, pero no como interpretación necesaria, sino tan sólo como probable, y, por lo mismo, es susceptible de ser impugnada o contrarrestada. La interpretación de la voluntad tácita, en cambio, adquiere relieves de necesaria y no puede ser destruida sino demostrando que el pretendido declarante —por manifestación nacida del silencio— no sabía lo que se hacía o no tuvo firme voluntad.

Lo que sustancialmente quiere decir el artículo, en el inciso segundo es que si el llamamiento se hace en dos instrumentos distintos, el llamamiento anterior, por ese solo hecho, se encuentra revocado en la parte que no le fuere común con el llamamiento posterior, de acuerdo con la norma del art. 1271, que en líneas anteriores hemos transcrita.

Juzgamos, por consiguiente, innecesario entrar en el examen del hecho base de la “presunción” y de los medios de combatirla, pues su situación es tan preponderante, que el ataque de la demostración contraria no la alcanza y ni siquiera puede ser intentado. Los medios de prueba, como in-

fortunados galeotes, tendrán que llevar la galera de su propia impotencia.

(El art. 1286 lo examinaremos al tratar sobre las presunciones de derecho).

#### Repudiación de herencia o legado:

Art. 1289.—“El asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia”.

Para entender mejor la presunción legal que nos presenta este artículo, debemos referirnos, inevitablemente, al que le precede. Conforme al art. 1288, “Todo asignatario **estará obligado**, en virtud de demanda de cualquiera persona interesada en ello, a declarar si acepta o repudia; y hará esta declaración dentro de los cuarenta días subsiguientes al de la demanda. En caso de ausencia del asignatario, o de estar situados los bienes en lugares distantes, o de otro grave motivo, podrá el juez prorrogar este plazo, pero nunca por más de un año”. El asignatario tiene, pues, el plazo ordinario de cuarenta días o el que le señale el juez, que no puede exceder de un año, para hacer la antedicha declaración.

¿Desde cuándo se cuenta este plazo? El Código Civil nos dice que desde el día de la demanda, y como demanda, de acuerdo con el art. 73 del Código de Procedimiento Civil “es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo”, habría de entenderse que el aludido plazo comienza a correr desde la fecha de presentación de la demanda; pero, al estudiar los efectos de la citación, señalados en el art. 99 del mismo Código de Procedimiento, observamos que uno de esos efectos es “constituir al deudor en mora” (5), de donde se infiere que el plazo debe principiar a contarse después de las doce de la noche del día en que fué hecha al asignatario la citación de la demanda, toda vez que desde entonces podrá llegar a constituirse la mora —retardo unido al requerimiento— que es una de las finalidades que persigue la norma sustantiva antes indicada.

La mora así establecida, es el hecho base de la presunción legal que examinamos: sirve de antecedente o circuns-

(5) Deudor en sentido de obligado, pues la ley le impone una obligación.

tancia para suponer la repudiación por parte del asignatario. Pero en derecho estricto es difícil descubrir si se trata de una presunción legal relativa, de una presunción legal absoluta o de una repudiación tácita, pues consideramos que cualquiera interpretación sería igualmente aceptable. Nos limitados, en este punto, a exponer las tres diversas conclusiones a que hemos llegado después de una pertinaz tortura del pensamiento en pos de la "verdad verdadera".

1) — El art. 37 del Código Civil nos dice que la presunción legal (entiéndase como nombre genérico de la relativa y la absoluta) admite prueba en contrario, siempre que la ley misma no la rechace **expresamente** o según su expresión no la llame de **derecho**. Ninguna de estas características se encuentra en la que estamos examinando, pues el art. 1289 no contiene la **expresa** prohibición de prueba liberatoria. Se infiere, como consecuencia, que la presunción puede ser eliminada mediante la justificación de los motivos de la mora, justificación que, por otra parte, admitiría todos los medios de prueba permitidos por la ley, porque el legislador no ha señalado una prueba determinada.

El art. 1291 (que no da lugar sino a supuestos) parece confirmar este punto de vista, como advirtiendo que el único caso en que la ley presume la repudiación, no constituye una presunción de derecho.

2) — El mismo art. 1291 da motivo para interpretar la presunción del art. 1289 como absoluta o de derecho, ya que siendo éste el único caso en que se presume la repudiación, es también el único previsto por la ley como presunción de derecho, que, sin fórmulas sacramentales, se ha manifestado como tal por el modo imperativo del verbo: "se entenderá". Observamos, a este respecto, que cuando el legislador usa el verbo en modo imperativo, tiene especial cuidado, en las presunciones relativas, de consagrarse la salvedad de la prueba contraria, como lo hace en los arts. 1794 y 1800, entre otros.

La presunción supone, además, que el asignatario sea realmente conocedor de la demanda, en virtud de la citación; porque en los casos de ausencia del asignatario es muy dudoso que aquella haya sido conocida por él, y su voluntad, ignorando asignación y demanda, no ha podido manifestarse. Verdad es que la mora se ha constituido legalmente, porque la citación es conforme a derecho y ha cumplido

su función, sin que la ley pueda entrar al discrimin de un caso eminentemente particular: si llegó o no a ser conocida por el citado; pero la ley misma le asigna un efecto diferente, mandando que se le nombre un curador de bienes y éste **acepte** por él con beneficio de inventario. (Art. 1288, inciso último).

La razón más poderosa que pudiera aducirse para considerar esta presunción como absoluta, es que emerge de la mora, cuya función específica es la de constituir obligaciones de cierto modo irrevocables, como la indemnización de perjuicios, la ejecutividad de las acciones, etc. Si el asignatario ha incurrido en mora, teniendo cuarenta días para declarar si acepta o repudia la asignación y en ciertos casos dispone de un plazo más largo aun, se presume su silencio como repudiación, que en sí misma es definitiva y no susceptible de rescisión en no habiendo sido motivada por fuerza o dolo, tanto más que conforme al art. 1283 no se puede aceptar o **repudiar** condicionalmente, ni **hasta** o desde cierto día.

Aceptar que la presunción legal de repudiación es relativa, equivale, en esencia, a admitir que el asignatario ha repudiado **hasta cierto día**: aquél en que entraría a justificar las causas de la mora, para destruir aquella presunción, impidiendo, hasta tanto <sup>Á la A</sup> la partición entre los demás asignatarios; pues no podría saberse de manera cierta desde cuándo debe prescindirse del silencioso asignatario...

3) —No se trata propiamente de una presunción, sino de una inconfundible repudiación tácita. La **voluntad real** del asignatario se ha manifestado por el silencio, que tiene significado negativo, que traduce un agrio menosprecio de la asignación, cuando aun obligado por la ley —en virtud de demanda de persona interesada— a declarar si acepta o repudia, deja vencer el plazo legal para manifestar su voluntad expresa, sin pedir prórroga, en unos casos, o dejando vencer también la que le hubiera concedido el juez, en otros. El asignatario habría estimado que la asignación le era perjudicial o que ninguna ventaja obtenía, y por ello no hizo gestión alguna para obtener la entrega de lo asignado, y lo que es más todavía, compelido a declarar si acepta o repudia, se alza de hombros en gesto de absurdo "nada importa", exteriorizando así su voluntad de repudiar la asignación, voluntad que se deduce de hechos idóneos, únicos y

concluyentes, que no ofrecen posibilidad alguna de diversa interpretación.

Es verdad que el Código Civil no contempla la repudación tácita, como lo hace al referirse a la aceptación; pero si el asignatario, de acuerdo con el art. 1288, está obligado a declarar si acepta o repudia, su silencio, constituida la mora, no da motivo para presumir simplemente la repudiación sino para inferir la tácita declaración de ésta, por la identidad negativa del silencio y la repudiación.

Art. 1291.—"La repudiación no se presume de derecho sino en los casos previstos por la ley".

En el comentario que antecede nos hemos referido ya a este artículo, que, además, sugiere una interrogante: ¿Cuáles son los casos previstos por la ley en que la repudiación se presume de derecho, si no es tal la única presunción puntualizada en el art. 1289?

Volveremos brevemente sobre este precepto al examinar el art. 1286, en el capítulo de las presunciones legales absolutas, porque hemos creído encontrar cierta relación entre uno y otro.

#### Legados de pensiones periódicas:

##### ÁREA HISTÓRICA

Art. 1417.—"Los legados de pensiones periódicas se deben día por día desde aquel en que se défieran, pero no podrán pedirse sino a la expiración de los respectivos períodos, que se presumirán mensuales.

Sin embargo, si las pensiones fueren alimenticias, podrá exigirse cada pago desde el principio del respectivo periodo, y no habrá obligación de restituír parte alguna, aunque el legatario fallezca antes de la expiración del periodo.

Si el legado de pensión alimenticia fuere una continuación de la que el testador pagaba en vida, seguirá prestándose como si no hubiese fallecido el testador.

Sobre todas estas reglas prevalecerá la voluntad expresa del testador".

La presunción legal, en definitiva, no representa sino una norma supletoria de voluntad unilateral, pues el inciso final del artículo se encarga de calificarla así, al decir que sobre todas estas reglas prevalecerá la voluntad, del testador; norma supletoria que no puede ser contrariada, si falta la disposición testamentaria, y que, por otra parte, sólo tiene vigencia en tanto en cuanto el causante no haya manifes-

tado u ordenado la forma de pago del legado de pensión periódica.

El art. 1192 se refiere a los legados de alimentos y legados de educación. Si respecto de los primeros el testador no ha determinado su forma, cuantía y duración, se deberán por toda la vida en la forma y cuantía en que el testador acostumbraba suministrárselos a la misma persona; no habiendo esa determinación, la cuantía se regulará tomando en cuenta la necesidad del legatario, sus relaciones con el testador y el caudal del patrimonio en la parte de que el testador pudo disponer libremente, y la forma, aparece regulada por la disposición transcrita, pues, el art. 1192, por más que habla en plural ("se regularán") sustancialmente alude sólo a la cuantía y no a la forma. En cuanto a los segundos —legados de educación—, duran hasta que el legatario cumpla veintiún años, cesando si muere antes de cumplir esa edad: a éstos es también aplicable la regla del art. 1417 que este instante estudiamos. Si el testador dispusiera: "Dejo a B la pensión anual de mil doscientos sucrens para su educación", lo único que haría es fijar el monto de la pensión periódica, mas no la forma de pago; y la ley, supliendo ese silencio, **dispone** que el pago se haga mensualmente, vencido el período de los treinta días, más propiamente, el período mensual. Diferente sería el caso si el testador, al propio tiempo que señala el monto anual de la pensión, mandara que sea pagada anticipadamente por todo el año, o vencido éste, o en dividendos semestrales o trimestrales, etc.

El pago de las pensiones alimenticias puede ser exigido desde el principio de cada período mensual, desde que están destinadas a satisfacer las necesidades esenciales de la conservación. Las pensiones alimenticias tienen dos ventajas relevantes sobre las ordinarias: a) Puede exigirse el pago anticipado, y b) Responden en último término al pago de las legítimas o deudas hereditarias.

Ahora, "si el legado de pensión alimenticia — dice el inciso tercero — fuere una continuación de la que el testador **pagaba** en vida, seguirá prestándose como si no hubiera fallecido el testador". Es decir, que si el causante **pagaba** la pensión alimenticia en especies y por períodos trimestrales, por ejemplo, no tendrá vigencia la norma supletoria en cuanto alude al período mensual y será satisfecha igualmente en especies.

En este inciso encontramos una contradicción interna: el **legado** traduce un acto voluntario, supone un acto de liberalidad, mientras aquello de **pagar** entraña el cumplimiento de una obligación, que se opone al concepto de generosidad. Habría sido más adecuado emplear el verbo "suministrar" que envuelve la idea de proveer a alguien de algo que necesita.

### **Exoneración de pago de legítimas, mejoras o deudas hereditarias.**

Art. 1419.—"Los legatarios que deban contribuir al pago de las legítimas y mejoras, o de las deudas hereditarias, lo harán a prorrata de los valores de sus respectivos legados; y la porción del legatario insolvente no gravará a los otros.

No contribuirán, sin embargo, con los otros legatarios aquellos a quienes el testador hubiere expresamente exonerado de hacerlo. Pero si agotadas las contribuciones de los demás legatarios, quedare incompleta una legítima o mejora o no satisfecha una deuda, estarán obligados al pago aún los legatarios exonerados por el testador.

Los legados de obras pías o de beneficencia pública se entenderán exonerados por el testador, sin necesidad de disposición expresa, y entrarán a contribución después de los expresamente exonerados. Pero los legados extictamente alimenticios, a que el testador está obligado por ley, no entrarán a contribución sino después de todos los demás".

No es que la ley **entiende o presume** exonerados los legados de obras pías o de beneficencia, sino que estos **son** exonerados por el Ministerio de la Ley, sin que para nada cuente la voluntad del testador, tanto más que ni siquiera es necesaria disposición expresa, en este sentido, emanada del causante.

### **Pagos periódicos:**

Art. 1626.—"En los pagos periódicos la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos; siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor".

La presunción legal relativa háse establecido sobre la base de la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos, siempre que se trate de los mismos acreedor y deudor.

En la práctica judicial, principalmente en cuestiones relativas a inquilinato, se observa que muchas veces es suficiente la presentación del recibo por la última pensión con-

ductiva, (6) para acreditar el pago de las anteriores, sin que el acreedor objete falta de pago de éstas.

Por lo general los pagos se imputan a las deudas más antiguas, sobre todo, tratándose de pensiones periódicas y sería algo excepcional que el acreedor extendiese carta de pago por pensiones periódicas posteriores, hallándose pendientes de cancelación las anteriores. De ahí que la presunción contenida en este artículo retrata la realidad de los hechos, es una experiencia vivida transformada en norma legal, para suponer la prueba favorable al deudor, mientras el acreedor no justifique la verdad de la deuda de las pensiones anteriores. Y obedece a las primeras nociones de equidad invocadas por Belime, porque, de lo contrario, "estando a la defensiva aquél a quien se ataca, nada sería más tiránico que imponer la obligación de justificarse por el mero hecho de dirigirse contra él una reclamación desnuda por lo común de toda especie de derecho".

#### Pago de capital e intereses:

Art. 1651.—"Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital."

Si el acreedor otorga carta de pago del capital, sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados".

Como un grado de convicción que cuenta anticipadamente con la posibilidad de demostrarse la realidad contraria, igual que en el caso anterior, es la carta de pago del capital —en la que no se mencionan los intereses— la que sirve de hecho base a esta presunción legal. La regla general fijada por la ley es que el pago ha de imputarse primeramente a los intereses, a menos que el acreedor consienta **expresamente** que la imputación del mismo se haga al capital. Si en la carta de pago no hay constancia expresa de ese consentimiento y se refiere al pago del capital, es obvio inferir que el deudor ha satisfecho capital e intereses, porque lo ordinario, lo normal, es que el acreedor proteja su derecho extendiendo dicha carta de pago en términos tales que ese derecho no sea vulnerado; pero si obró con imprudencia o excesiva confianza, tiene opción para destruir la presunción legal, aportando las pruebas consiguientes.

(6) El Código le da el nombre de "precio" o "renta".

Debemos observar, por otra parte, que la antedicha carta de pago se referiría acaso a una parte del capital, porque lo acostumbrado es que el deudor, al efectuar el pago total, retire el documento acreditativo de la deuda, y rara vez puede presentarse el caso de exigencia del finiquito, por extravío de ese documento.

#### **Remisión de deuda:**

Art. 1710.—“Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor podrá probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria, o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla.

La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda”.

Alessandri y Somarriva definen la remisión como “la renuncia de su derecho que hace el acreedor, o la condonación o perdón de la deuda que el acreedor hace al deudor”. Para Lessona es nada menos que una renuncia convencional, criterio que sigue Planiol, pues, según él, la remisión “consiste en que el acreedor abandona voluntariamente sus derechos”, abandono que supone normalmente el acuerdo del acreedor con el obligado. “El carácter convencional —continúa Planiol— no puede darse sino cuando la remisión se realiza entre vivos. Cuando se realiza por disposición testamentaria, es forzosamente unilateral”. En nuestro derecho, la condonación de una deuda por acto testamentario implica un legado —legado de deuda— y no podría hablarse, en ese caso, de remisión propiamente dicha.

Pothier sostiene que la existencia del vale o billete (título de la obligación) en poder del deudor, induce la presunción de haberle sido entregado voluntariamente por el acreedor, a quien incumbiría la prueba en contrario; “este es el camino ordinario —dice— para que el vale haya pasado de manos del acreedor al deudor”. Reconoce, eso sí, que “la presunción perderá su fuerza según la calidad del deudor, como si fuere cajero o tenedor de libros del acreedor o criado suyo, o un vecino en cuyo poder depositó los papeles”. Agrega este autor que la entrega voluntaria del vale por el acreedor trae una presunción juris et de jure de pago o perdón de la deuda. Más acertado nos parece el criterio de Be-

Ilo, al interpretar ese hecho como una remisión tácita, pues el Derecho se apropiá de la voluntad del acreedor, exteriorizada en la entrega, destrucción o cancelación voluntaria del título o con ánimo de condonar la deuda. Mientras el acreedor no pruebe que tal entrega, destrucción o cancelación —hecho base de la presunción legal— no fue hecha voluntariamente o con ánimo de remitir la deuda, la voluntariedad y el ánimo de remitirla, se tienen como ciertas.

La prueba contradictoria se dirigiría a establecer que el acreedor fué impelido a la entrega, destrucción o cancelación, por la fuerza o por medios dolosos, ya considerados en la Legislación de Alfonso el Sabio: "...fueras ende si esto feciese por miedo o por fuerza o por engaño quel fuese fecho en esta razón"; o que hubieran sido motivadas por error o por cualesquiera otras circunstancias que no encerraban el ánimo de remitir la deuda, ya que, aun procediendo la entrega voluntaria del título de la obligación, pudo ésta haber sido inspirada por un ímpetu de excesiva confianza.

El segundo inciso expresa que la remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma la remisión de la deuda, precepto que arranca de las Siete Partidas (Ley 40, Título 13, Partida 5): "Paladinamente por palabras o callando puede el home quitar el derecho que ha sobre el peño: et por palabra serie cómo si dixiese aquel a quien hiciesen obligado el peño al que gelo hiciese empeñado o a su personero, quel tornaba el peño o quel quitaba el derecho que habie sobre él; et maguer diese o quitase desta guisa el derecho que habie sobre el peño, con todo eso non se entiende quel quita el debdo que habie sobrél, fueras ende si manifiestamente dixiese quel quitaba el debdo como el derecho que habie sobre el peño".

Recordemos, nada más, que el legislador, en otro pasaje de la ley, al referirse genéricamente a las asignaciones testamentarias y específicamente a los legados, establece, en el art. 1186, que el legado hecho al deudor de la cosa que éste hubo empeñado al causante, no extingue la deuda, sino únicamente el derecho de prenda, salvo que aparezca de un modo claro que la voluntad del testador fué extinguir dicha deuda.

Todo acreedor tiene una prenda común: el patrimonio del deudor, que es comprometido por el hecho mismo de obligarse; pero esta prenda común no es suficiente garantía.

ya por las enajenaciones que legítima o fraudulentamente puede realizar el deudor, o por pérdidas derivadas de la mala conducción de sus negocios, negligencia, etc., o simplemente por la adquisición de nuevas obligaciones que debilitan esa prenda común a todos los acreedores. Para protegerse contra todos los riesgos y eventualidades, el acreedor busca siempre la seguridad especial de sus derechos, colocándose en situación de preferencia, ya por la fianza o solidaridad de un tercero, ya por medio de la prenda o la hipoteca.

Objeto de prenda son las cosas muebles. La hipoteca se constituye sobre los bienes inmuebles del deudor o de un tercero, siendo la más ventajosa de todas las garantías establecidas por el Código Civil, pues, a más del derecho personal contra el deudor, le confiere un derecho adscrito a la cosa, con beneficio de preferencia y persecución.

Tanto en la prenda como en la hipoteca, lo principal es la obligación que se asegura, y lo accesorio, el derecho real constituido. De este modo, no existirán la prenda ni la hipoteca si no existe la obligación que aseguran: la nulidad de éstas traerá el ningún valor de aquéllas; la extinción de la obligación acarrea la extinción de la garantía real, y la cesión del crédito implica la transferencia del derecho real de prenda o hipoteca.

La entrega de la prenda, al igual que la cancelación de la hipoteca sin declarar extinguida la obligación, se refieren, por lo mismo, a lo accesorio y sólo tendrán significado de mayor confianza en la solvencia económica y moral del deudor, dejando subsistente lo principal, que es la obligación misma, capaz de perdurar independientemente de aquellas garantías reales. Por lo mismo, la sola remisión de la prenda o hipoteca no basta para que se presuma la remisión de la deuda.

#### **Culpa del deudor en la pérdida de la cosa:**

Art. 1727.—"Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya".

La pérdida de la cosa en poder del deudor, es el hecho base de la presunción proclamada por este artículo: el hecho o culpa del deudor, que la han ocasionado.

Planiol nos dice que la palabra "hecho" indica el acto positivo, el daño causado directamente por el deudor, voluntariamente o por impericia; la palabra "culpa" indica más especialmente las omisiones o hechos negativos, por negligencia o imprevisión. Siguiendo este criterio que se adecua perfectamente a nuestro Derecho, la presunción legal se refiere tanto a la acción directa del deudor como a su negligencia o imprevisión, siempre que la cosa perece en su poder; y como el precepto alude a la culpa sin otra calificación, de acuerdo con el art. 34, inciso 3º, debemos entender que la presunción legal no comprende la culpa levísima (que se opone a la suma diligencia o cuidado), distinción que es muy necesaria para apreciar el alcance que puede tener la prueba liberatoria.

Tres son las situaciones que se presentan cuando perece el cuerpo cierto que se debe: a) Si perece por culpa del deudor, subsiste su obligación variando de objeto: paga el precio de la cosa e indemniza al acreedor por la mora en que hubiera incurrido; b) Si la pérdida de la cosa, hallándose en mora el deudor, se debe a caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se debe la indemnización de perjuicios de la mora, y c) Si el caso fortuito, hallándose en mora el deudor, pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora, del mismo modo que si hubiera perecido por culpa del deudor (art. 1728).

La presunción legal de hecho o culpa del deudor como causa del perecimiento de la cosa que se debe, admite prueba contraria, pero ésta tendrá vigor declinatorio, en el campo de las responsabilidades, cuando el deudor no haya sido constituido en mora de entregar la cosa, ya que en esta circunstancia le da igual que el cuerpo cierto haya perecido por su culpa o debido a caso fortuito, a menos de probar que éste pudo haber sucedido igualmente en poder del acreedor. No hallándose en mora, justificada el caso fortuito, quedará extinguida la obligación, y si aquélla ha sido ya constituida, deberá solamente la indemnización de perjuicios de la misma.

Habíamos observado que el Art. 1727 no envuelve en la presunción la culpa levísima, y creemos que justificada la no existencia de culpa grave o culpa leve, el deudor que no ha incurrido en mora queda liberado de la obligación.

Distinta es la situación del deudor moroso, al que alcanzan aun los efectos de la pérdida fortuita.

#### Prueba de obligaciones o su extinción:

Art. 1754.—"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.

Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del juez".

Este artículo no es sino la aplicación de los principios generales en materia de prueba: el que alega un hecho jurídico debe presentar la prueba que corresponda. Sigue la máxima jurídica: "está obligado a probar quien de cualquier modo afirma". Generalmente la prueba incumbe al actor porque de ordinario funda su intención en la afirmativa probable, y no al demandado que afianza la suya en la excepción negativa improbable; pero, como la negación puede envolver una afirmación, el demandado, en este caso, ha de probar los hechos que demuestren su negativa; así, quien dice no deber porque ya pagó, tiene la obligación de justificar el pago; quien se excepciona aduciendo violencia, debe igualmente acreditarla.

El artículo transcrrito no contiene presunción legal alguna y nos hemos referido a él solamente para señalar que, por definición del Código Civil Ecuatoriano, las presunciones son prueba. Las que le incumbe aportar a quien alega las obligaciones o su extinción, indudablemente, son las de carácter judicial, porque —como vimos oportunamente— las presunciones legales, cuando no admiten prueba contraria, son verdaderas normas dispositivas, de imperio inobjetable, y cuando la admiten, apenas son una **suposición de prueba** que desaparece ante la demostración contraria; y, por otra parte, no son pruebas que aporta o presenta el litigante, sino que ellas —las presunciones legales— están pre establecidas por la ley, relevando de la carga probatoria a quien puede invocarlas.

Art. 1768.—"Las presunciones son legales o judiciales.

Las legales se reglan por el art. 37.

Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes".

Nos referimos ya a este artículo en los Capítulos II y III de este estudio, por lo que nos creemos eximidos de vol-

ver sobre la esencia y características de las presunciones legales. Y como por ahora hemos enfocado única y exclusivamente las presunciones legales expresas del Código Civil, juzgamos inoportuno entrar en el examen de las presunciones judiciales: éste será materia de estudio separado —que confiamos poder realizar en el futuro— a fin de presentar una visión total de LAS PRESUNCIONES (legales y judiciales) EN EL DERECHO ECUATORIANO (Civil, Penal, Comercial, Procesal, etc.); pues, el límite señalado para el presente trabajo no nos permite extender la mirada sino al punto concreto que nos propusimos estudiar.

#### Bienes de la sociedad conyugal:

Art. 1794.—“Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario.

Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan con juramento.

La confesión, en tal caso, se mirará como donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se llevará a efecto en su parte de gananciales, o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar”.

En la Novísima Recopilación (Ley 4, Título 4, Libro 10), esta presunción no se manifiesta como tal por la forma externa del precepto, sino por su contenido. En vez de presumir, declara que los bienes pertenecen a la comunidad, dejando a salvo la prueba de dominio individual: “Los bienes que han marido y mujer, **son** de ambos por medio, salvo que probare cada uno que son suyos apartadamente”.

La sociedad conyugal no es propiamente un contrato de sociedad: está regida por normas especialísimas y es de naturaleza jurídica sui géneris. Alessandri y Somarriva señalan estas principales y profundas diferencias: “El contrato de sociedad supone forzosamente que los socios hagan un aporte; en cambio la sociedad conyugal existe aun cuando alguno o ambos cónyuges nada aporten: en la primera las ganancias se dividen a prorrata de los aportes; en la segunda los gananciales se distribuyen por mitad. En la sociedad los socios tienen igual poder de administración; en la sociedad conyugal la administración corresponde al marido. La sociedad se puede pactar por un tiempo determinado; mien-

tras que la sociedad conyugal tiene su principio y fin fijados por el legislador. Los miembros de la sociedad pueden ser innumerables y del mismo sexo; por el contrario los componentes de la sociedad conyugal son sólo dos y de diverso sexo". Y después de referirse a otros múltiples aspectos, terminan indicando que "la sociedad conyugal es la sociedad conyugal", "una ficción del legislador, creada con el objeto de que puedan regirse los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y respecto de terceros".

La distinción entre el haber absoluto o relativo de la sociedad conyugal y el haber de cada uno de los cónyuges absorvería numerosas páginas de este trabajo, apartándonos, hasta cierto punto, del tema propuesto; pero juzgamos indispensable referirnos, por lo menos, al haber personal de los cónyuges, siquiera ligeramente, para apreciar la trascendencia de la prueba liberatoria de la presunción legal que estudiamos.

Este haber personal se compone de los siguientes rubros: a) Las especies muebles eximidas de la comunión y designadas en las capitulaciones matrimoniales o en una lista firmada por ambos cónyuges y tres testigos **domiciliados en el cantón**; b) Las adquisiciones hechas a título de donación, herencia o legado; c) El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio, debiendo o siendo acreedor a recompensa en ciertos casos, y anotándose, además, que para que haya subrogación se requiere expresar el ánimo de realizar ésta, tanto en la escritura de venta como en la de compra, o en la de permuta, y advirtiéndose que al tratarse de bienes de la mujer, es imprescindible la autorización judicial; d) Las cosas compradas con valores propios, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio; e) El precio de alguna cosa propia del cónyuge, vendida y no invertida en subrogación o en otro negocio personal del cónyuge dueño de la cosa enajenada, y en general, el conjunto de créditos y recompensas de que es acreedor; f) Los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie del cónyuge, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa; g) Los bienes que la mujer casada adquiere en el ejercicio de una **profesión liberal**; h) Las cosas que proindiviso poseía el cónyuge con otras personas, y de que, durante el matrimonio se ha hecho dueño, por cualquier **título oneroso**, alcanzando su dominio sólo a la

cuota que le pertenecía, pues lo que haya costado la adquisición del resto pertenece a la sociedad; i) La parte del tesoro que según ley pertenece al que lo encuentra; j) Las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito, sin atender a que las donaciones o actos gratuitos han sido hechos en consideración al otro cónyuge; k) Las especies poseídas a título de señor antes de la sociedad conyugal, aunque la transacción o prescripción se complete o verifique durante la sociedad; l) Los bienes poseídos antes de la sociedad, por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación o por otro remedio legal; m) Los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación; n) Los bienes litigiosos, de que, durante la sociedad, ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica; ñ) El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge: sólo los frutos pertenecen a la sociedad; o) Lo que se paga por capitales de créditos constituidos e intereses devengados antes del matrimonio; p) Las donaciones remuneratorias hechas por servicios que no daban acción contra la persona servida, aunque estos servicios fueron prestados durante la sociedad conyugal, y las donaciones remuneratorias que sí daban acción contra la persona servida, por servicios anteriores al matrimonio; q) Los bienes inmuebles que el cónyuge ha tenido al tiempo de contraer matrimonio, a cualquier título, y r) Los vestidos y demás bienes muebles de uso personal necesario de los cónyuges. (Parágrafo 2º, Título XXII, Libro IV).

En muchos de los rubros enunciados, el cónyuge propietario podrá ser deudor de recompensa a la sociedad conyugal, por exceso de valor del inmueble subrogado (que ya anotamos), o de la cosa comprada con valores propios, o por gastos de edificación, plantación, etc., o por gastos judiciales o de transacción, o cualesquiera otros que fueran causados para la consolidación del dominio.

La existencia de dinero, cosas fungibles, etc., al tiempo de disolverse la sociedad conyugal es la base de la presunción legal, que los considera adquiridos dentro de dicha sociedad, mientras no **aparezca o se pruebe** lo contrario.

La prueba incumbe al cónyuge que alega el dominio personal sobre determinadas cosas, y la presunción podrá ser enervada por todos los medios probatorios, excepto uno: la confesión de uno de los cónyuges, a menos que se encuen-

tre auxiliada por otras pruebas, pues, ni la declaración del que afirma ser suya o debérsele una cosa ni la confesión del otro, independientemente o juntas, son prueba **suficiente** aunque se hagan con juramento. Procederá, entonces, la demostración contraria por medio de instrumentos públicos o privados, por testigos, por la inspección personal del juez.

La confesión de uno de los cónyuges de pertenecer una cosa al otro cónyuge, por sí sola, no tiene ningún valor probatorio, pero equivale a una donación revocable confirmada por la muerte: la cosa de que se trate será siempre social y la donación sólo se hará efectiva a la muerte del donante, imputándola a los gananciales o a los bienes propios de éste e ingresando al patrimonio del cónyuge favorecido por la confesión del otro, no como un bien propio de él, sino como un bien adquirido por un acto de liberalidad del cónyuge difunto.

Siempre las donaciones revocables se hacen por testamento: son testamento y deben sujetarse a sus solemnidades. Sin embargo, por excepción contenida en el art. 1195, inciso 2º, parte final, son válidas las que se hacen de uno de los cónyuges al otro, con las solemnidades propias de las donaciones entre vivos, sin que requieran ser confirmadas expresamente en acto testamentario. Y, lo que es más, se mira como donación revocable —de acuerdo con el artículo que estamos examinando— la simple confesión de uno de los cónyuges reconociendo el dominio del otro sobre determinada especie, derecho, etc.

El inciso final nos dice que se mirarán como pertenecientes a la mujer sus vestidos y todos los muebles de su uso personal necesario, lo que aparentemente implica que no cabe igual interpretación respecto de los vestidos y muebles de uso personal necesario del marido; pero, como observa Alessandri, "no habría razón para hacer diferencia entre ambos cónyuges al respecto". Obsérvese, por otra parte, que la presunción legal considera que las cosas pertenecen a la sociedad conyugal, en tanto no **aparezca** o se pruebe lo contrario; y nada es más aparente o manifiesto, nada está más a la vista, que los vestidos de hombre pertenecen al marido, como le pertenecerán su reloj, su billetera, etc.

Pero es necesario hacer una consideración más importante. El artículo está proclamando la necesidad de las capitulaciones matrimoniales; pues, aunque no se acuda a ellas para pactar el régimen matrimonial de separación total o

parcial de bienes —algo bastante raro entre nosotros— servirían para designar detalladamente los bienes que los esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor, para designar las especies muebles que eximen de la comunión, y para señalar también los créditos o deudas, de manera circunstanciada.

Más tarde, para la disolución de la sociedad, ellas serán una prueba preconstituida de inapreciable valor. Desgraciadamente, el apasionamiento, la "delicadeza" ilusionada de los novios impide tomar medidas tan "prosaicas", que el tiempo se encarga de elevar a la categoría de excelentes en el propio pensamiento de los cónyuges: meditemos solamente en que el viudo, las más veces, paga impuestos sucesorios sobre sus propios bienes.

#### Recompensas que se deben:

Art. 1800.—"En general, los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumirán erogadas por la sociedad, a menos de prueba contraria, y se le deberán abonar.

Por consiguiente:

El cónyuge que adquiere bienes a título de herencia debe recompenza a la sociedad por todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que satisfaga, y por todos los costos de la adquisición; salvo en cuanto pruebe haberlos satisfecho con los mismos bienes hereditarios o con los suyos".

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Al haber social pertenecen todos los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges, a título oneroso. De igual manera, la ley reputa sociales los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se ha pagado en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos de uno de los cónyuges. Pero este supuesto de la ley, que tiende a proteger el haber social, no es absoluto: puede el cónyuge demostrar que han sido satisfechos con sus bienes propios. Y es que si se subroga, por ejemplo, un inmueble de menor valor por otro más valioso, lo ordinario es que el saldo sea pagado con dinero adquirido dentro de la sociedad, aunque éste provenga de los frutos del mismo inmueble subrogado, frutos que no son del cónyuge propietario sino de la sociedad, según lo dispuesto en el art. 1781, numeral 2º. En este caso, la prueba contraria, en último término, no alterará los resultados: supongamos que el cónyuge B ha aportado al

matrimonio una hacienda que vale \$ 200.000,00 y \$ 50.000 en efectivo, y que dentro de la sociedad subroga esa hacienda a otra que vale \$ 250.000,00. Si justifica que el exceso de \$ 50.000,00 lo ha pagado con dinero propio, ¿habrá ganado algo con dicha justificación? Creemos que absolutamente nada, porque al liquidar la sociedad conyugal ya no serán tomados en cuenta los \$ 50.000,00 aportados en efectivo, pues han sido dispuestos por él en un negocio propio y personal.

La prueba liberatoria de la presunción sí tiene plena eficacia económica en favor del cónyuge, en cuanto se acredite que las deudas hereditarias o testamentarias, gastos, etc., fueron pagados con los mismos bienes adquiridos por esos títulos.

Aquí debemos observar que la ley ha consagrado un privilegio en favor de la mujer casada que ejerce una profesión liberal, pues los bienes adquiridos en el ejercicio de dicha profesión le pertenecen a ella exclusivamente, y la prueba que acredite el pago de los precios, saldos, costas judiciales y expensas, con bienes adquiridos en dicho ejercicio, al mismo tiempo que la libera de la presunción legal, dejará intacto el haber que aportó al matrimonio, lo que no acontece respecto del marido, pues todos los bienes adquiridos por él en el ejercicio de igual profesión pertenecen a la sociedad conyugal. Naturalmente, la prueba declinatoria tendrá que guardar completa armonía con la declaración de renta percibida, para el pago de impuestos, y en este sentido creemos que si la mujer ha declarado una renta de diez mil sucre, por ejemplo, no podrá aducir ni probar que exclusivamente con esa renta ha pagado precios, saldos, etc., que representan un valor de veinte o treinta mil sucre: en tal situación, ella, por propia declaración, habría preconstituido una prueba que le es adversa.

#### Renuncia de gananciales:

Art. 1826.—“La mujer que no haya renunciado los gananciales antes del matrimonio o después de disolverse la sociedad, se entenderá que los acepta con beneficio de inventario”.

El derecho a la renuncia de los gananciales es exclusivo de la mujer, conforme se desprende del texto de los arts. 1775 y 1826. Y es obvio que tal derecho no se concede al marido, porque teniendo él ordinariamente la administra-

ción de la sociedad conyugal, la renuncia de gananciales le incitaría a la inercia o a una conducta desaprensiva, con grave perjuicio para los bienes sociales, ya disponiendo de ellos sin escrúpulo, ya inmovilizando su incremento.

La renuncia puede ser hecha antes del matrimonio, en las capitulaciones matrimoniales que, por definición de la ley, "son convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que a él aportan y a las donaciones y concesiones que se quieren hacer el uno al otro, de presente o futuro", y que, en esencia, tienen por objeto modificar el régimen matrimonial establecido por la ley a falta de pacto escrito. Puede también hacerse después de disuelta la sociedad conyugal.

Trátese de una presunción legal o de una simple regla de interpretación de voluntad de la mujer no renunciante, el precepto no ofrece otro interés que el de protección a la mujer, pues tiene alcances benéficos en cuanto la aceptación que presume no puede acarrearle perjuicio alguno por las deudas sociales, toda vez que comporta el beneficio de inventario dejando incólume su haber personal; inversamente, puede significar alguna utilidad para ella. El silencio —que en sí mismo no constituye aceptación ni renuncia— es interpretado en este caso como aceptación limitada por el beneficio de inventario.

No estaría demás recordar que la renuncia de gananciales no puede hacerla en las capitulaciones la mujer menor de edad, sin la correspondiente autorización judicial.

#### Venta a prueba:

Art. 1883.—"Si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata; y la pérdida, deterioro o mejora pertenece, entre tanto, al vendedor.

Sin necesidad de esipulación expresa se entiende hacerse a prueba la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo".

Ya Lessona y otros autores han advertido que el legislador, impropriamente, imprime en ciertos preceptos la falsa apariencia de presunciones cuando en el fondo son normas que señalan imperativamente las consecuencias de tales o cuales hechos.

Es indiscutible que en el primer inciso del art. 1883, la expresión "se entiende no haber contrato" equivale a esta

otra: "se comprende no haber contrato", "se sabe que no hay contrato", pues las acepciones del verbo entender son múltiples. No es algo que se presume, sino que se sabe perfectamente y se comprende en toda su plenitud. El inciso, con toda propiedad, quiere decir que si se estipula la venta a prueba **no hay contrato** mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata.

En el inciso 2º la presunción legal es manifiesta. Se basa en la costumbre y confiere a ésta todo el poder de derecho que le compete cuando la ley se remite a ella, como norma latente que por invocación legal adquiere valor y plena eficacia (art. 2).

Alessandri y Somarriva definen la costumbre como "la observancia **constante** y **uniforme** de una regla de conducta por los miembros de **una comunidad social**, acompañada de la **convicción** de que responde a una necesidad jurídica".

La ley, al presumir la venta a prueba de las cosas que se acostumbra vender de ese modo, no sujeta o limita la voluntad de los contratantes, sino que, por el contrario, se acomoda a la intención de aquéllos en cuanto entienden que la venta —de acuerdo con lo acostumbrado— se hace a prueba. La costumbre viene a servir de antecedente conocido para inferir la modalidad del contrato, que en el fondo encierra una condición: la de que el objeto satisfaga al comprador, y éste manifieste que le agrada. Pero como los individuos son libres para discutir en plano de igualdad las condiciones del contrato y determinar sus efectos con la misma libertad con la que celebran la convención, los contratantes, en homenaje a la autonomía de la voluntad no limitada por motivos de moral, de orden público o de interés colectivo, pudieron pactar la venta pura y simple, saliéndose del ámbito de la costumbre.

La prueba liberatoria, entonces, se dirigiría a justificar que la cosa vendida no estuvo sujeta a prueba y que el comprador la adquirió simple y llanamente, sin esa modalidad contractual.

Por lo demás, nos causa extrañeza la forma como el legislador —por lógica correspondencia entre los dos incisos— plantea la presunción legal: "Sin necesidad de estipulación se entiende hacerse a prueba . . .", significando así que el supuesto de la ley rige con o sin dicha estipulación. Si hay estipulación expresa, entendemos que la voluntad de los pre-contratantes ha sido declarada, asignando al acto jurí-

dico los efectos que dimanan de esa voluntad bilateral: el perfeccionamiento posterior del contrato de venta o la simple devolución de la cosa por el comprador. No es, por tanto, cuestión de **entender** en sentido de presumir, sino cuestión de **ser**.

**Propiedad del arrendatario sobre los objetos introducidos en la cosa arrendada:**

Art. 2003.—“El arrendatario está obligado al pago del precio o renta.

Podrá el arrendador, para seguridad de este pago y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba en contrario”.

Incidentalmente, debemos referirnos a la naturaleza jurídica del arrendamiento.

Para Pothier es nada menos que la venta del disfrute de una cosa, es decir, de los frutos venideros de dicha cosa. Colin y Capitant observan que el arrendamiento, en rigor, no puede ser considerado como tal venta, señalando una esencial diferencia: la venta, como acto de disposición, transfiere la propiedad y una vez realizada, los riesgos pasan del vendedor al comprador; el arrendamiento, en cambio, como acto de administración, es un contrato sucesivo que se ejecuta por actos repetidos y recíprocos de disfrute y pago de alquileres, actos que se sirven de causa los unos a los otros, hasta el extremo que si el uso o el disfrute no pueden llevarse a cabo, no se debe el precio o renta.

La simple venta de frutos, en verdad, no tiene significado de arrendamiento, pues éste se caracteriza por la extensión de los derechos que se confieren al cesionario: que además de los frutos adquiera todo el disfrute de la cosa, precisamente para la producción de aquéllos.

Para Sánchez Román, el arrendamiento es —respecto del arrendatario— un medio jurídico de conseguir el uso de las cosas que no son de su propiedad: el cambio del uso de una cosa, por un precio. “Es la forma jurídica del fin económico que representa el uso de cosas que no podemos adquirir en propiedad, pero que necesitamos o nos es conveniente usar o que no podemos, siendo propietarios de ellas, prestarlas los cuidados que su cultivo y el fomento de su producción

exigen, y percibir de las mismas, sin embargo, una utilidad razonable".

En el arrendamiento, por lo mismo, encontramos elementos de necesidad y utilidad, tanto respecto del arrendador como del arrendatario.

Ahora bien: el artículo 1003 confiere al arrendador el derecho legal de retención sobre todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto y que le pertenecieren a éste.

Frutos existentes de la cosa arrendada serán los frutos naturales pendientes y los frutos naturales percibidos pero no consumidos; o sea, aquellos que adhieren a la cosa arrendada o han sido separados de ésta, sin que hayan sido objeto de consumo natural o jurídico.

El derecho de retención es definido por Colin y Capitant como "el derecho en virtud del cual el **tenedor de una cosa** que pertenece a otro, queda autorizado para retenerla hasta el pago de lo que el propietario de esta cosa le debe". Viñas dice que "es la facultad concedida por la ley de **prolongar la tenencia** de una cosa debida en consignación, por virtud de un crédito relacionado con ella, hasta el pago del mismo". Y Demófilo de Buen: "Es la facultad que, como garantía de un crédito, tiene una persona de **conservar la tenencia** de una cosa, no obstante estar obligada a entregarla al deudor de aquel crédito".

De las tres definiciones apuntadas emerge un concepto sustancial: que la cosa sobre la que versa el derecho de retención se encuentre en poder del acreedor: tal sería el caso de la venta de un bien mueble (en los inmuebles la tradición se opera por la inscripción), o del arrendatario que no puede ser expelido o privado de la cosa arrendada, sin previo pago o seguridad de las indemnizaciones que se le debe, que son formas de retención legal, o la prenda y el anticresis, formas de retención convencional.

Hablar de retención de cosas que no están en poder del acreedor, es desviar el sentido estricto del vocablo, que implica detener, conservar o guardar lo que ya se tiene. Si la finalidad esencial del arrendamiento es transferir el uso o goce de la cosa a cambio de un precio o renta, y por consecuencia de ese goce el arrendatario se crea una propiedad: la de los frutos o productos de la cosa arrendada (art. 679), éstos se encuentran en poder de él y no en manos del arren-

dador, que por un hecho suyo ha constituido un derecho en favor del arrendatario. Pero el legislador habla de retención con significado extensivo, a tal punto que puede ser verificada en las rentas, créditos o bienes que el deudor tenga en poder de un tercero.

Aunque el precepto parece proclamar una vía de hecho, facultando al arrendador retener por sí y ante sí los frutos existentes de la cosa arrendada y los objetos que la misma disposición menciona, esto no es verdad, porque el art. 916 del Código de Procedimiento Civil prescribe: "La retención de que habla el art. 1933 (en la Codificación, art. 2003) del Código Civil **se dictará por el juez**, en cualquier estado del juicio sobre cesación de arrendamiento o pago de pensiones conductivas, dentro del mismo cuaderno en que se sustancie el juicio. La retención consistirá en la orden para que el ocupante no pueda retirar del predio arrendado los muebles, objetos o frutos existentes en el mismo predio y que no fueren inembargables..."; y los arts. 971 y siguiente del mismo Código de Procedimiento están regulando —de manera general— el derecho que nos ocupa.

En el precepto que estudiamos, se presenta perfectamente delineada la conexidad del crédito y la cosa aprehendida, como se advierte también la relación sinalagmática, en virtud de las cuales la misma ley confiere al acreedor la facultad de retención para la seguridad de pago tanto del precio o renta como de las indemnizaciones que correspondan.

Esta retención ¿tradicó un privilegio para el arrendador? Hemos estudiado detenidamente el Título "De la Prelación de Créditos" y no encontramos disposición alguna que le confiera tal privilegio; mas, éste nace del propio precepto legal que faculta la retención "para seguridad" del pago del precio o renta y de las indemnizaciones a que haya derecho, del mismo modo que la prenda se constituye "para la seguridad" de un crédito. Un principio de equidad aconseja que si el arrendador se desprende del uso o goce de una cosa, a cambio del precio consiguiente, los frutos obtenidos de ese uso o goce deben ser destinados preferentemente a cubrir el valor de dicho precio o renta, pues la retención legal resulta de las relaciones contractuales entre el retenedor y el propietario de la cosa retenida, vinculada íntimamente al objeto de la convención, pues nace propiamente de ese objeto (nos referimos a los frutos), advirtiéndose cabal

interdependencia de obligaciones recíprocas entre las partes ligadas por el contrato: uno adquiere la propiedad de los frutos a cambio del precio o renta, y otro, por el precio o renta, cede el uso de la cosa y la consiguiente propiedad de sus frutos. El arrendador cambia los frutos naturales que da, por los frutos civiles que recibe.

Creemos, por lo mismo, que al arrendador le asiste un derecho de preferencia contra los demás acreedores quirografarios, ya que, como afirma de Buen, "el derecho de retención que sea consecuencia de un crédito, en cuanto debe construirse según los principios reguladores del derecho de propiedad, estará también dotado de los derechos de persecución y de preferencia".

La presunción legal se refiere exclusivamente a todos los objetos con que el arrendatario haya amoblado, guarnecido o provisto la cosa arrendada, y que le pertenecieren. Supone la ley que todos estos objetos pertenecen al arrendatario, dejando a salvo la prueba liberatoria que incumbiría al dueño de los objetos, más que al arrendatario mismo, pues a aquél le corresponderá presentar el reclamo (que se sustancia por cuaderno separado sin perjuicio de llevarse a efecto la retención) y demostrar que los objetos de que se trate son de su propiedad y no de pertenencia del arrendatario.

#### ÁREA HISTÓRICA

#### **Estado de servicio de la cosa arrendada. Culpa del arrendatario.**

Art. 2008.—"El arrendatario está obligado a restituír la cosa al fin del arrendamiento.

Deberá restituirla en el estado en que le fué entregada, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos.

Si no constare el estado en que le fué entregada, se entenderá haberla recibido en regular estado de servicio, a menos que pruebe lo contrario.

En cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios; y a falta de esta prueba, será responsable".

Dos son las presunciones legales que contiene este artículo: a) No constando el estado en que la cosa le fué entregada al arrendatario, se entiende que la ha recibido en regular estado de servicio; y b) No existiendo prueba contraria, los daños y pérdidas sobrevenidos han acaecido por

culpa del arrendatario, o de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios.

La ley presume que el arrendatario recibió la cosa arrendada en regular estado de servicio, es decir, en aptitud de prestar la utilidad buscada, fundándose en la obligación que compete al arrendador de mantenerla "en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada" y en que el arrendatario no la habría recibido sin esta circunstancia, ya que habría pagado el precio o renta sin obtener beneficio alguno del uso concedido por el arrendador, procedimiento inaceptable en una persona de sano juicio. Esta presunción legal es favorable al arrendador, aunque no de modo amplio, porque supone nada más que un **regular estado** de servicio y desde este ángulo de contemplación, puede ser favorable también al arrendatario, si ha recibido la cosa en **buen estado**.

La segunda presunción enunciada por el artículo —aunque sin la fórmula externa del "se presume" o "se entiende"— supone la culpa del arrendatario, de sus huéspedes, dependientes a subarrendatarios, si aquél no prueba que los daños y pérdidas sobrevenidos han sido ocasionados por causas extrañas a dicha culpa. Y alude no sólo a la del arrendatario sino también a los actos culposos de los demás individuos que menciona el inciso, basándose en la máxima de derecho común "**mala electio culpa est**". Si nos detenemos en la culpa de los dependientes, principalmente, observamos que el servicio aprovechado por el patrono es el que ha producido el mal que está obligado a reparar, por haber confiado en sirvientes ineptos o imprudentes, que obran en interés y riesgo de aquél.

Una y otra presunción admiten prueba liberatoria: en el primer caso, que la cosa arrendada fué recibida en estado menos que regular, o que el deterioro ha sido ocasionado por el uso y goce legítimos; y en el segundo, que los daños y pérdidas sobrevenidos han sido causados por caso fortuito o por otras circunstancias que han escapado a la diligencia y cuidadosa custodia del arrendatario, su familia, huéspedes, dependientes o subarrendatarios, ya que aquél está obligado a emplear en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia.

### Estado del edificio arrendado:

Art. 2032.—“Estará obligado especialmente el inquilino:

1º—A conservar la integridad interior de las paredes, techos, pavimentos y cañerías, reponiendo las piedras, ladrillos y tejas que durante el arrendamiento se quiebran o se desencajen;

2º—A reponer, en las ventanas, puertas y tabiques, los cristales quebrados;

3º—A mantener en estado de servicio las puertas, ventanas y cerraduras.

Se entenderá que ha recibido el edificio en buen estado bajo todos estos respectos, a menos que se pruebe lo contrario”.

Este artículo contiene una presunción legal enteramente favorable al arrendador: el buen estado del edificio al tiempo en que fué recibido por el arrendatario; pero, como toda presunción legal relativa que sólo tiene significado de suposición de prueba, desaparece por la demostración contraria. El inquilino podrá acreditar por todos los medios admisibles en derecho, que el supuesto de la ley no es verdadero, justificando que el edificio no le fué entregado en buen estado de servicio y que el arrendador, bajo este respecto, no cumplió la obligación de darlo en aptitud de ofrecer comodidad y servicio eficiente.

### Arrendamiento de muebles de casa o aposento amoblado:

#### ÁREA HISTÓRICA

Art. 2035.—“Si se arrienda una casa o aposento amoblado, se entenderá que el arriendo de los muebles es por el mismo tiempo que el del edificio, a menos de estipulación contraria”.

Aquí no hay propiamente una presunción, sino una verdadera norma supletoria de la voluntad de los contratantes, en cuanto no han pactado la duración del arrendamiento de los muebles.

Lessona nos dice que la ley dispone, permitiendo que las partes dispongan a la vez, pero si éstas no lo hacen, la ley recobra su imperio. Y Saredo señala, con toda exactitud, que las leyes supletorias o declarativas “intervienen únicamente para suplir el silencio de las partes e interpretar las voluntades individuales”.

Es lo que aquí acontece. Si no existe estipulación relativa al tiempo por el cual se arriendan los muebles, tratándose de una casa o aposento amoblado, nada puede ser más cierto que la duración del arriendo de unos y otros sea por

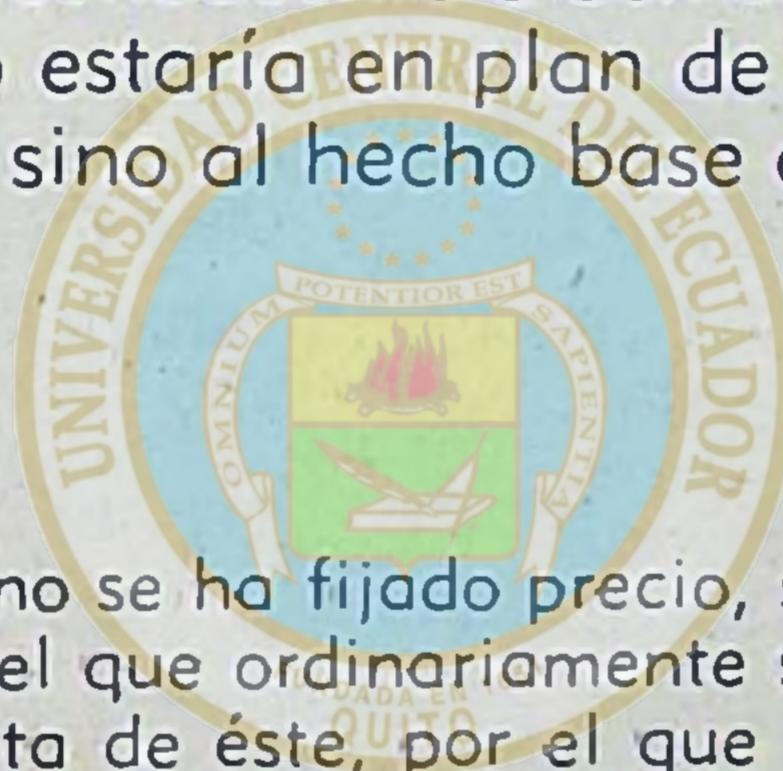
un mismo tiempo, tanto más que el canon de arrendamiento será mayor o menor, según la casa o aposento sea o no amoblado.

Hay, ante todo, una estipulación tácita. El que las partes no hayan declarado su voluntad respecto de lo accesorio (los muebles), implica que ésta se halla involucrada en la voluntad expresa respecto de lo principal (la casa o aposento); y el silencio de los contratantes autoriza a la ley para disponer, para declarar la voluntad legislativa, a falta de la regulación que pudo ser hecha por el arbitrio privado.

Y como norma supletoria o declarativa, en falta de estipulación contraria —que impropiamente llamaríamos hecho base de la "presunción"— es inobjetable. Obsérvese bien que la prueba conducente a demostrar la existencia del pacto contrario, no estaría en plan de ataque a la "presunción" en sí misma, sino al hecho base que especulativamente hemos creado.

#### Precio de obra:

Art. 2050.—"Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo, a juicio de peritos".



ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

He aquí una de las tantas normas supletorias de voluntad. La falta de fijación de precio por parte de los contratantes, en la confección de una obra material —que a eso se refiere el artículo— es motivo para que la ley regule dicho precio por su propia autoridad, "fingiendo" que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra y **disponiendo** que, a falta de este precio ordinario o de costumbre que serviría de pauta, se esté al juicio de peritos.

La prueba de la estipulación del precio tendría significado de imperio de la voluntad de los contratantes, a la que cedería la regulación de la ley; pero en ningún caso traduce una eliminatoria de presunción legal, porque en realidad no existe, y aun en el caso no admitido de que existiera, la prueba declinatoria —como tantas veces hemos observado— estaría destinada a destruir el hecho base, que no la presunción misma.

### Pago de intereses:

Art. 2232.—“Si se han estipulado intereses, y el mutuante ha dado carta de pago por el capital, sin reservar expresamente los intereses, se presumirán pagados”.

Reproducimos aquí lo expuesto al examinar la presunción legal contenida en el art. 1651. (Véase la pág. 475).

### Facultad de usar la cosa depositada:

Art. 2244.—“Por el mero depósito no se confiere al depositario la facultad de usar la cosa depositada sin el permiso del depositante.

Este permiso podrá a veces presumirse, y queda al arbitrio del juez calificar las circunstancias que justifiquen la presunción, como las relaciones de amistad y confianza entre las partes.

Se presume más fácilmente este permiso en las cosas que no se deterioran sensiblemente por el uso”.

El legislador nos presenta aquí un si es no es de presunción legal; una presunción en potencia, sobre la calificación que el juez haga de las circunstancias que puedan justificarla. En sentido estricto, el precepto no sienta una presunción legal autónoma, desde que el antecedente ofrece tan sólo un lazo conjetural. Señala, más bien, una dirección al pensamiento del juez en el orden de las presunciones judiciales, o le autoriza simplemente a hacerla como una afirmación del sistema; la fuente de las presunciones legales es la ley y no pueden ser establecidas por el hombre, por extensión o analogía .

Corresponderá al juez el trabajo lógico y cuando lo haya completado con buen éxito, habrá llegado a la presunción, que ya no sería propiamente legal sino judicial, quizás con alcances de prueba más efectiva —faltando la demostración contraria— en cuanto el funcionario de justicia se ve asistido por ley expresa en esa inferencia presuntiva.

### Facultad de emplear el dinero depositado:

Art. 2245.—“En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo; y el depositario estará obligado a restituír otro tanto en dinero, de acuerdo con la ley”.

El depósito de dinero sin ninguna precaución que haga imposible tomarlo sin fractura del mueble que lo contiene,

es el hecho base de la presunción legal favorable al depositario, en una relación contractual, que no en cuanto al depósito necesario o judicial; pues, supone el permiso del depositante para que aquél pueda emplearlo, con la obligación de restituír otro tanto en dinero. La prueba liberatoria consistiría en acreditar que al celebrarse el contrato de depósito, el depositario tuvo prohibición de emplear el dinero.

La no restitución configura el delito de fraude, conocido generalmente con el nombre de "abuso de confianza", sancionado por el art. 537 del Código Penal vigente, que dice: "El que fraudulentamente hubiere distraído o disipado en perjuicio de otro, efectos, **dinero**, mercancías, **billetes**, **finiquitos**, escritos de cualquier especie, que contengan obligación o descargo, y que le hubieren sido entregados con la condición de restituírlos, o de hacer de ellos un uso o empleo determinado, será reprimido con prisión de uno a cinco años, y multa de cincuenta a cien sucrens".

Aquí encontramos una verdadera colisión de disposiciones legales. Porque, a nuestro entender, hay distracción o disipación fraudulenta desde que una persona dispone arbitrariamente del dinero que no le pertenece y que le ha sido dado como simple encargo, ora en negocios propios o ajenos, ora en gastos de consumo, disposición que puede volver difícil o imposible la restitución a voluntad del depositante. Y constituye, sobre todo, una burla sangrienta a la confianza del depositante, que puede salir seriamente perjudicado. Pero como la ley penal es ley especial y es ley posterior, tiene prevalencia sobre el precepto del Código Civil, que tal vez serviría a la defensa precaria del reo en orden a destruir uno de los elementos del delito: la distracción o disipación fraudulenta, invocando la presunción legal que examinamos.

Por otra parte, la autorización del depositante para que sea empleado el dinero por el depositario, esencialmente, implica algo así como un contrato de mutuo o préstamo de consumo.

#### Culpa: fractura o forzamiento:

Art. 2248.—"Si se han roto los sellos o forzado las cerraduras por culpa del depositario, se estará a la declaración del depositante, en cuanto al número y calidad de las especies depositadas. Pero no habiendo culpa del depositario, será necesaria la prueba, en caso de desacuerdo.

Se presume culpa del depositario en todo caso de fractura o forzamiento".

La culpa del depositario en la rotura de sellos o forzamiento de las cerraduras subordina su responsabilidad a la simple declaración del depositante —que la ley excepcionalmente acepta como verdad inconcusa— acerca del número y calidad de las especies depositadas;; prescripción legal que emerge de la norma que impone al depositario, conjuntamente con la obligación de guardar la cosa, la de respetar los sellos y cerraduras del bulto que la contiene. Y más que todo, constituye el medio coercitivo para obtener ese respeto y la debida custodia por parte del depositario, que deberá restituír al depositante el número y calidad de las especies depositadas, de acuerdo con su sola declaración aunque aquél no esté de acuerdo con ella: su responsabilidad se funda en la culpa. Si ésta no existe, será necesaria la prueba respecto de dichos número y calidad de especies depositadas, en caso de desacuerdo entre el depositante y el depositario.

El inciso 2º del artículo consagra la presunción legal de culpa del depositario, en **todo caso de fractura o forzamiento**, de lo cual se infiere que la presunción no envuelve el caso de la rotura de sellos. El depositante, si está exonerado de probar la culpa del depositario en lo relativo a la fractura o forzamiento de cerraduras o del bulto mismo que contiene la cosa depositada, no lo está respecto de la que incumbe a la rotura de sellos: tal se deduce del texto del artículo. El sistema de la responsabilidad subjetiva, aceptado por nuestro Código, impone al perjudicado la prueba de la culpa; pero, para atenuar las no pocas dificultades que se presentarían, supone la existencia de ella en determinados casos, a fin de que no queden impunes e irresponsables los depositarios inescrupulosos, ya que si la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor —no habiéndose constituido el depositario en mora de restituirla— el riesgo recae sobre el depositante, según lo dispuesto en el art. 2254.

La presunción de culpa, que es una presunción legal relativa, puede ser anulada por todos los medios de prueba admitidos en derecho, pero dirigidos a un solo fin: demostrar que la fractura o el forzamiento han sido causados por caso fortuito o fuerza mayor; pues, aunque el texto del inciso aparentemente nos presenta una presunción legal absoluta, por la expresión "en todo caso", no se trata de una presunción de derecho, desde que la segunda parte del primer inciso anticipadamente admite la posibilidad de no existen-

cia de la culpa, y al admitir esa posibilidad, está permitiendo —por consecuencia lógica— la demostración contraria de la presunción.

Aceptar que la presunción legal consignada en el segundo inciso, por la ambigüedad de su texto, es absoluta o de derecho, sería aceptar un exceso de la ley: basta pensar, para confirmación de nuestro aserto, en que el depositario puede ser víctima de un robo, pese a todas las seguridades adoptadas para preaverlo.

El Código Civil Español, al enunciarla, expresamente deja a salvo la prueba liberatoria.

#### Pago indebido:

Art. 2317.—“Si el demandado confiesa el pago, el demandante debe probar que no era debido.

Si el demandado niega el pago, toca al demandante probarlo; y probado, se presumirá indebido”.

La presunción legal está fundada en la negativa del demandado que ha recibido el pago y en que éste ha sido probado por el demandante. La ley considera este antecedente como signo de mala fe del demandado y como una demostración de la justicia que asiste al demandante que, ante la negativa, ha justificado el pago, por lo que le exonera al actor de probar que es indebido.

En el primer inciso, por la confesión del demandado que reconoce habersele hecho el pago, la presunción es adversa al demandante, quien está obligado a probar que no era debido. Y, equitativamente, en el segundo inciso, consagra la presunción en su favor, cuando el demandado niega el pago que aquél ha logrado acreditar.

Pero como la ley, aunque usa la forma imperativa “se presumirá” (que puede también corresponder a tiempo futuro), no rechaza expresamente la prueba contraria, el demandado —contra quien se ha instituído la presunción legal— podrá rendir la prueba eliminatoria justificando que el pago era debido, aun por razones de armonía entre los dos incisos: la confesión de pago, como una prerrogativa, le libera de toda prueba; la negativa, como una pena, se la impone.

**Transacción:**

Arft. 2475.—“La transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige.

Por consiguiente, si se cree transigir con una persona y se transige con otra, podrá rescindirse la transacción.

De la misma manera, si se transige con el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho”.

La “presunción” legal que proclama este artículo no es sino una nueva forma de consagración del principio excepcional sustentado por el art. 1511: “El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”.

Hay vicio del consentimiento causado por error en cuanto a la persona, cuando ella es determinante del acto o contrato, pues entonces llega a la categoría de error substancial, porque se lo celebra en consideración a ella, como acontece en el matrimonio, en la adopción, en el mandato, en los legados, en las donaciones irrevocables, y como acabamos de ver, en las transacciones.

Y es que la transacción envuelve el término extrajudicial de un litigio pendiente o la prevención de un litigio eventual, y es obvio que quien transige lo hace en consideración a la persona con quien discute un derecho, para consolidarlo, o para ceder parte de ese derecho por propio interés o para beneficio de la persona con quien celebra la transacción.

Pero, ¿se trata realmente de una presunción o de una simple norma declarativa de la ley? Los incisos segundo y tercero definen la segunda posición, en forma imperativa, desde que facultan la rescisión por haberse transigido con la persona que no es aquella con la que creyó transigir, o con el poseedor aparente de un derecho. No es la transacción un contrato en el que sea indiferente la persona con quien se lo celebra, sino que en ella, una o más personas ciertas son eminentemente determinantes del pacto.

**Propiedad del deudor sobre los efectos introducidos en la posada o acarreados de su cuenta.**

Art. 2493.—“A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran:

1º—El posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella y hasta el valor de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños;

2º—El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados, que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta el valor de lo que se deba por acarreo, expnsas y daños; con tal que dichos efectos sean de propiedad del deudor.

Se presume que son de la propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta".

La presunción alude a los efectos introducidos por el deudor en una posada, o acarreados de su cuenta, reputándolos de la propiedad de él, porque lo ordinario y normal es que el huésped lleve consigo a la posada efectos de su propiedad, como es también normal y ordinario que sea el propio dueño el que hace transportar o acarrear las cosas de que se trate. Pero el supuesto de la ley puede ser desvirtuado y demostrarse que tales efectos pertenecen a un tercero.

Según el art. 2495, si a estos efectos corresponden créditos de la primera y de la segunda clase, éstos excluyen a aquéllos. Y como el privilegio de los créditos del posadero y del acarreador o empresario de transportes recae sobre los objetos que **permanecen en la posada o se encuentran en poder** del transportador, los acreedores cuidarán de no entregarlos mientras no les sean pagados los precios debidos, operándose una retención que viene siendo consagrada por la costumbre a la que no se opone la ley.

Colin y Capitant sostienen que procede el derecho de retención "cuantas veces haya conexión entre el crédito y la cosa retenida, es decir, siempre que el crédito haya tenido su origen con ocasión de la cosa retenida", criterio que apoya Demófido de Buen, fundándose en que "el crédito nacido a favor del que retiene es un crédito conexo con el derecho del propietario de la cosa".

Por lo que se refiere a los transportes en actos de comercio, el Código de la Materia contiene la siguiente disposición: "Art. 245.—Pasadas veinticuatro horas desde la entrega de las mercaderías, el porteador puede cobrar el porte convenido y las expensas que hubiere hecho para la conservación de ella.—No obteniendo el pago, podrá solicitar el depósito y venta, en subasta, de las que considere suficientes para cubrirse de su crédito".

(Concluirá)