



IMPERFECCIONES

I ERRATAS MANIFIESTAS DE LA EDICION AUTÉNTICA DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO



(Continuacion)

ART. 1768

«Aquel de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porcion en la misma cosa i será obligado a restituirla doblada.»

Este artículo es una charada cuya solucion me parece dudosa.

Supongamos que uno de los cónyuges ha ocultado o distraído dolosamente un cuadro al óleo perteneciente a la sociedad.

Este cuadro habia sido adquirido a título oneroso durante la sociedad; i al hacer la liquidacion, debia corresponder a los cónyuges por partes iguales.

Segun el artículo que examino, el cónyuge que lo hubiera ocultado o distraído, perderia desde luego la porcion que en él tenia, esto es, la mitad.

El *Código* no indica si esta porcion acrece a los bienes sociales o al haber del cónyuge inocente.

Creo mas aceptable esto último, porque si la espresada porcion fuera a acrecentar los bienes de la sociedad, el cónyuje culpable vendria a tener en definitiva cierta participacion en la cosa sustraída u ocultada.

El propósito del lejislador debe haber sido que el cónyuje culpable pierda en favor del inocente toda la porcion que aquél tenia en el objeto de que quiso hacerse dueño esclusivo en perjuicio del otro cónyuje (1).

Todavía, parece que el *Código* no se contenta con imponer al culpable ese castigo, puesto que, despues de decir que pierde su porcion en la cosa, agrega a renglon seguido: *i será obligado a restituirla doblada*.

Al leer esta disposicion, ocurre preguntar si lo que se manda restituir doblado es la *porcion* o la *cosa*.

Gramaticalmente hablando, se pueden aceptar las dos interpretaciones.

Volviendo al ejemplo del cuadro, i suponiendo que éste valiera dos mil pesos, el cónyuje culpable, a mas de perder su porcion en el cuadro, esto es, mil pesos, tendrá que pagar otros mil pesos, si se entiende que el *la* de *restituirla* se refiere a *porcion*, i dos mil pesos, si se estima que este *la* denota la *cosa*.

Los sostenedores de esta última opinion alegan que lo que ha ocultado o distraído el cónyuje culpable es una *cosa* i no una *porcion*, i que, por lo tanto, la restitucion debe referirse a aquélla i no a ésta.

En otros términos, debe restituirse el todo porque el todo es lo que se ha tomado.

Esta interpretacion puede ser mui exacta, si se quiere; pero tiene el inconveniente de que de ella se deduce un castigo demasiado severo para el cónyuje culpable.

Por lo demas, el adjetivo *doblada* empleado por el *Código*

(1) Escusado me parece advertir que al hablar del cónyuje me refiero tambien a los herederos de éste.

El artículo 1780 del *Código* consigna espresamente que «los herederos de cada cónyuje gozan de los mismos derechos i están sujetos a las mismas acciones que el cónyuje que representan»; por consiguiente, al decir *cónyuje*, se comprende igualmente a sus herederos.

en el artículo 1768, parece manifestar que la restitucion se refiere mas bien a la *porcion* que a la *cosa*.

Doblar, segun el *Diccionario* de la Real Academia Española, es "aumentar una cosa, haciéndola otro tanto mas de lo que era"; de modo que solo pueden *doblarse* en este sentido aquellas cosas que son susceptibles de aumento, verbigracia, una cantidad de dinero o de letras hipotecarias.

Miéntras tanto, ¿cómo podrian restituirse *doblados* un cuadro al óleo o una estatua de mármol?

Devolviendo, se dirá, el cuadro o la estatua mas su valor en dinero; pero no es éste el significado preciso del verbo *doblar*.

Al paso que, si se trata de restituir una *porcion*, ésta tiene que ser *avaluada* en dinero; i en consecuencia no hai inconveniente en que se hable de restituirla *doblada*.

Hasta aquí he discurrido tomando por base el tenor literal del artículo que examino.

Atendiendo ahora a la mente del lejislador, cabe todavía una nueva interpretacion que está mas en armonía con otras disposiciones análogas del *Código*.

Tratando del heredero i del legatario que han sustraído objetos pertenecientes a una sucesion, el *Código* establece las siguientes reglas:

ART. 1231

"El heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a una sucesion, pierde la facultad de repudiar la herencia, i no obstante su repudiacion permanecerá heredero; pero no tendrá parte alguna en los objetos sustraídos.

"El legatario que ha sustraído objetos pertenecientes a una sucesion, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos, i no teniendo el dominio de ellos será obligado a restituir el duplo.

"Uno i otro quedarán, ademas, sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan (1)."

(1) En este artículo, no se habla de objetos *ocultados o distraídos dolosa-*

Aunque el artículo precedente no habla, respecto al heredero, de la restitucion de la cosa sustraída, es evidente, no obstante, que esta devolucion debe hacerse; pero el heredero culpable no pierde sino la porcion que le correspondia en la cosa de que pretendió hacerse dueño esclusivo.

¿Por qué no se exige aqui la restitucion *doblada* que parece pesar sobre el cónyuje, segun el artículo 1768?

Esta diverjencia es tanto mas notable si se atiende a que una misma persona puede a la vez ser cónyuje i heredero; de tal modo que habrá casos en que sea difícil determinar si el culpable, al hacer la sustraccion, procedió en calidad de cónyuje o de heredero.

Tratando del legatario que ha sustraído objetos pertenecientes a una sucesion, el *Código* distingue dos casos.

Si los objetos sustraídos formaban parte del legado, el legatario culpable, a mas de restituirlos, se entiende, perderá los derechos que, en virtud de la asignacion, le habrian correspondido sobre estos mismos objetos.

Si, por el contrario, los objetos sustraídos no estaban comprendidos en el legado (1), el legatario culpable no solo está

mente, como en el 1768, sino simplemente de efectos *sustraídos*; pero es indudable que este término equivale a los otros.

Sustraer debe considerarse en este caso como sinónimo de *ocultar o distraer con dolo*.

(1) La redaccion del inciso segundo del artículo 1231 es un poco oscura.

La frase *no teniendo el dominio de ellos* es ambigua, pues muchos podrian entender que se refiere al caso en que el legatario culpable hubiera enajenado los objetos sustraídos o hubiera perdido el dominio de ellos por cualquiera otro motivo.

Creo, sin embargo, que la interpretacion que he dado a esta frase es la que mas cuadra, no tanto a la letra, como al espíritu de la lei.

Por lo demas, la intencion del lejislador a este respecto está paladinamente manifestada en la redaccion primitiva de este artículo 1231.

En el *Proyecto de Código Civil* que don Andres Bello comenzó a publicar el 21 de Mayo de 1841 en las columnas de *El Araucano*, se encuentra el siguiente artículo:

ART. 8.º (*Titulo XI del libro De la sucesion por causa de muerte*).

«El heredero que haya ocultado o distraido efectos pertenecientes a una sucesion, pierde la facultad de repudiar la herencia, i no obstante su repu-

obligado a devolverlos, sino que por via de pena debe pagar una suma igual al valor de dichos objetos (1).

La interpretacion de las disposiciones precedentes podria servir de base para explicar el alcance del enigmático artículo 1768.

Aplicando las reglas dadas en el párrafo 4.º del *Título Preliminar* del *Código*, me parece que no debe aceptarse ninguna solucion que haga perder la armonía que debe existir entre preceptos análogos de un mismo cuerpo de leyes.

Por el contrario, es menester buscar con preferencia aquella explicacion que no ponga al lejislador en contradiccion consigo mismo.

Fundado en estas consideraciones, no estimo aventurada la opinion de aquellos que juzgan que el artículo 1768 establece, para el cónyuje que sustrae una cosa perteneciente a la sociedad, una regla igual a la que consigna el artículo 1231 con relacion al legatario que sustrae objetos pertenecientes a una sucesion.

Segun esto, si el cónyuje culpable tenia parte en la cosa sustraída, pierde su parte; si no la tenia, junto con devolver el objeto, debe pagar una suma igual al valor de éste.

Otra duda puede promoverse con referencia a este artículo 1768.

¿Estará comprendido en esta disposicion el caso de un cónyuje que suponga, con el objeto de lucrarse, deudas que debe pagar la sociedad?

dacion, permanece heredero; pero no tendrá parte alguna en los objetos ocultados o distraídos.

«El legatario que haya ocultado o distraído efectos pertenecientes a una sucesion, pierde los derechos que como legatario pudiere tener sobre dichos efectos, *i no teniendo derecho sobre ellos*, será obligado a restituir el duplo.

«Uno i otro quedarán, ademas, sujetos criminalmente a las penas legales por el delito.»

La frase escrita con caractères cursivos en el inciso 2.º del artículo que acabo de reproducir, basta para disipar la duda de que trato.

(1) Si el legatario culpable no tuviere ya en su poder los objetos sustraídos, tendrá que restituir el valor de estos objetos, si ellos formaban parte del legado, i el duplo en el caso contrario.

Esta misma cuestion se ha suscitado en la lejislacion francesa, tratando de aplicar el artículo 1477 del *Código Napoleon*, artículo que parece haber inspirado al 1768 de nuestro *Código*, como puede verse a continuacion.

ART. 1477

«Aquel de los cónyujes que haya distraído u ocultado algunos efectos de la sociedad, pierde su porcion en dichos efectos.»

El distinguido jurisconsulto frances M. Guillaouard, comentando el artículo precedente i refiriéndose al punto dudoso que acabo de señalar, dice lo siguiente:

«¿Debe aplicarse el artículo 1477 al marido que ha creado deudas ficticias para apropiarse por este medio los dineros de la sociedad?

«La cuestion es controvertida; i segun una opinion este hecho no constituye ocultacion.

«—Considerando, ha dicho la corte de Caen, que el artículo 1477 no castiga sino a aquel de los cónyujes que ha *distraído* u *ocultado algunos efectos de la sociedad*; que *distraccion* i *ocultacion* significan, segun el sentido natural i usual de las palabras, que ha habido, sea sustraccion de efectos que se encontraban en especie en la comunidad, sea disimulacion de objetos que debian entrar en ella, i de los cuales uno de los cónyujes querria hacer su provecho personal;

«Que, a mas de estas dos hipótesis, puede haber, bajo formas diversas, maniobras desleales que den lugar a la aplicacion del artículo 1382 (1) del *Código Civil*; pero que el artículo 1477, imponiendo una pena civil solo contra aquel que ha *distraído* u *ocultado efectos de la sociedad*, no podria ser estendido, por analogía o por identidad de motivos, al cónyuje que ha intentado hacer pagar a la sociedad una deuda imaginaria, para apropiarse el valor de ésta, porque es de la esencia de las penas ser

(1) Este artículo dispone en términos jenerales que todo el que causa un daño está obligado a repararlo.

estrictamente restringidas a los casos para los cuales ellas han sido creadas;

“Que, por otra parte, el artículo 1477 no se aplica, como lo prueban los términos en que él está concebido, sino a la distraccion i al ocultamiento *consumados*, i no a las tentativas de estos cuasidelitos; i que en el caso actual, los mil francos en litijio no han sido distraídos de la comunidad, puesto que jamas han figurado en ella; que tampoco han sido ocultados, puesto que no pertenecian a esta comunidad, i no debian aparecer en ella.—

“M. Labbé ha defendido esta opinion; pero el razonamiento sutil del eminente jurisconsulto no va tan léjos como los considerandos de la senténcia que acabamos de citar. M. Labbé admite que si despues de haber creado una deuda ficticia, el cónyuje logra obtener el pago de ella, hai distraccion; pero miéntas la deuda no sea pagada, no hai distraccion material, i por consiguiente, no hai verdadera distraccion en el sentido legal de la palabra:

“— El hecho de simular una deuda, prepara, dice él, una distraccion, conduce allá, puede tener ese resultado; en sí mismo, no lo produce. Si la deuda es cobrada, si el haber de la comunidad disminuye a consecuencia del pago, si sale de la masa cierto valor para entrar en manos del cónyuje por intermedio de su cómplice, la distraccion se ha verificado.

“Si la falsedad de la deuda es reconocida por el juez ántes del cobro, el artículo 1477 no encuentra el hecho material que él prevé i castiga, la distraccion: ningun efecto de la comunidad ha sido distraído. La pena no puede aplicarse todavía.

“En otros términos, la distraccion es un resultado que puede ser alcanzado por diversos medios. La lei no indica ninguno en particular; ella los abraza todos. Se preocupa únicamente del resultado. ¿Ha sido disminuida la masa comun en provecho de uno solo por el efecto de un fraude? Si es cierto, el delito existe. Si se ha urdido una maniobra sin llegar a obtener una distraccion efectiva, una apropiacion real i positiva, el cuerpo del delito no existe.—

“Nosotros creemos que esta opinion debe ser rechazada; i que la circunstancia de haber declarado i hecho admitir en el pasivo

del inventario una deuda ficticia constituyese, de parte del cónyuge, una verdadera distracción penada por el artículo 1477.

«Apartemos desde luego la argumentación del fallo de Caen, según la cual no habría distracción u ocultación sino en dos hipótesis, sustracción de efectos de la sociedad, o disimulación de objetos que debían entrar en ella. Respondemos, con M. Labbé, que la distracción puede revestir formas múltiples, i que ella existe por el hecho solo de que la masa común se encuentre disminuida en beneficio de uno solo a consecuencia de un fraude; i esto sucede, tanto por el efecto de la creación de una deuda ficticia, como por la sustracción de un objeto de la comunidad.

«Queda la objeción hecha por la sentencia de Caen i desentendida por M. Labbé: la creación de una deuda ficticia no importa, por sí misma, sustracción fraudulenta. Es solo una tentativa para llegar a una sustracción que no será realizada sino por el pago de la deuda.

«A esta objeción daremos dos respuestas. La primera, que ya hemos indicado, es que la ley no exige en ninguna parte que la sustracción haya sido consumada, i que es preciso colocar en la misma línea que la sustracción consumada la que ha sido intentada, si la tentativa solo ha fracasado a consecuencia de circunstancias estrañas a la voluntad del cónyuge culpable. La segunda es que la sustracción existe el día en que la deuda fingida ha sido constituida i declarada en el inventario: a contar desde este momento, el tercero que sirve de cómplice tiene un título contra la comunidad, título que él puede transferir a otros i que grava desde el primer momento los bienes de la comunidad. La comunidad es deudora; la intención fraudulenta se ha realizado.

«M. Rodière, que adopta la opinión que esponemos, encuentra con razón un argumento de analogía en el artículo 591 del *Código de Comercio* que declara fallido fraudulento al comerciante que ha distraído o disimulado una parte de su activo i a aquel *que dolosamente se haya reconocido deudor de sumas que no debía*. La ley comercial coloca, pues, en la misma línea, como lo hace nuestra teoría, la sustracción del activo i la simulación de deudas.

«—Este texto, dice muy bien M. Rodière, no expresa sino

una verdad matemática al asimilar completamente una simulación del pasivo a una disminución del activo. Un patrimonio no es, en efecto, sino lo que resta después de la extracción del pasivo. Cercenar, por consiguiente, una cantidad cualquiera del activo, o agregarla al pasivo, es exactamente lo mismo. En ambos casos, se disminuye el patrimonio en iguales proporciones.

«Si se objetara que, en el caso de suposición de deudas, el menoscabo no se ha efectuado todavía, i que es preciso aguardar para esto que el cómplice del defraudador haya percibido el valor de la deuda simulada, nosotros responderíamos que el menoscabo está ya consumado intencionalmente por el defraudador, del mismo modo que lo está cuando el ocultador ha escondido cierto objeto en un rincón de la casa mortuoria, caso en que él tiene ciertamente que soportar la pena de su mala acción, aunque todavía no haya trasportado a otra parte el objeto.»—(L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, tomo 3, números 1356 i siguientes).

He copiado íntegro el anterior comentario porque me parece que resuelve acertadamente la cuestión propuesta.

Puede igualmente servir para dar solución a casos análogos, que en la práctica ocurren con más frecuencia de lo que cualquiera podría imaginarse.

ART. 1769

«Se acumulará imaginariamente al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad, por vía de recompensa o indemnización, según las reglas arriba dadas.»

Este artículo, que contiene un precepto dirigido a los liquidadores, es inútil.

Suprimido, habría que proceder siempre en la misma forma, puesto que solo se trata de sacar cuentas.

ART. 1770

«Cada cónyuje, por sí o por sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa las *especies o cuerpos ciertos* que le pertenezcan, i los precios, saldos i recompensas que constituyan el resto de su haber.

«La restitucion de las *especies o cuerpos ciertos* deberá hacerse tan pronto como fuere posible despues de la terminacion del inventario i avalúo; i el pago del resto del haber, dentro de un año contado desde dicha terminacion. Podrá el juez, sin embargo, ampliar o restrinjir este plazo a peticion de los interesados, previo conocimiento de causa.»

El *Diccionario de la lengua castellana* por la Real Academia Española da a la palabra *especie* las siguientes acepciones:

«Razon jeneral o concepto que comprende muchos individuos de una misma naturaleza; como la de perro, la de caballo, etc —Imájen o idea de un objeto que se representa en el alma.— Caso, suceso, asunto, negocio. *Se trató de aquella ESPECIE. No me acuerdo de tal ESPECIE.*—Pretesto, apariencia, color, sombra.—JÉNERO.—*Esgrima.* Treta de tajo, revés o estocada.—(Plural) *Música.* Voces en la composicion.»

Nuestro *Código* emplea en diferentes ocasiones este vocablo *especie* sin definirlo nunca de un modo terminante.

Es evidente que el lejislador ha tomado muchas veces esta dccion en un sentido aceptado por el *Diccionario*, como se ve en los siguientes ejemplos:

«La lei distingue tres *especies* de culpa o descuido.» (Artículo 44, inciso primero.)

«Las disposiciones de este título i de los dos siguientes están sujetas a las modificaciones i escepciones que se espresarán en los títulos especiales de la tutela i de cada *especie* de curaduría.» (Artículo 339).

«La *adjuncion* es una *especie* de accesion, etc.» (Artículo 657).

«Acerca del depósito necesario es admisible toda *especie* de prueba.» (Artículo 2237).

Pero, sin duda alguna, es mayor el número de casos en que

el *Código* usa la palabra *especie* en una acepción que no cuadra con ninguna de las definiciones dadas por el *Diccionario*.

Recorriendo, verbigracia, el título *De las Asignaciones Testamentarias*, encontramos muchos artículos en que la voz *especie* denota una cosa determinada o que puede fácilmente determinarse, esto es, una cosa que está de tal modo individuada, que no puede confundirse con ninguna otra.

En comprobación de lo que digo, copio en seguida algunos ejemplos:

«Toda asignación deberá ser, o a título universal, o de *especies* determinadas o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de géneros i cantidades que igualmente lo sean o puedan serlo. De otra manera se tendrá por no escrita.» (Artículo 1066, inciso primero).

«Si al legar una *especie* se designa el lugar en que está guardada i no se encuentra allí, pero se encuentra en otra parte, se deberá la *especie*: si no se encuentra en parte alguna, se deberá una *especie* de mediana calidad del mismo género, pero solo a las personas designadas en el artículo 1107.» (Artículo 1111).

«La *especie* legada se debe en el estado en que existiere al tiempo de la muerte del testador, comprendiendo los utensilios necesarios para su uso i que existan con ella.» (Artículo 1118).

«Por la destrucción de la *especie* legada se extingue la obligación de pagar el legado.» (Artículo 1135, inciso primero).

La división de los legados en legados *de género* i legados *de especie*, viene del Derecho Romano.

Don Pedro Gómez de la Serna, en su *Curso histórico-exejético del Derecho Romano comparado con el Español*, dice a este respecto lo que sigue:

«Hasta aquí se ha considerado a los legados como refiriéndose a objetos ciertos, determinados i diferentes de todos los demas; pero a veces sucede que en la fórmula con que el testador deja el legado solo hai el número i género de las cosas legadas, porque únicamente se expresa la clase a que pertenecen por caracteres jenerales que les son comunes con otras semejantes.

«De aquí dimana la diferencia de legados *de género* i legados *de especie*. Hai legado *de género*, denominación introducida por

los intérpretes, pues que los romanos solo decían *legare rem in genere* o *rem generaliter*, como en este párrafo, cuando el testador deja una cosa determinada con relacion a su clase, pero no al individuo o a la misma cosa que se ha de dar, por ejemplo, cuando dice: *Legó un caballo, un esclavo a Mevio*. Por el contrario, especie, *species*, en la nomenclatura romana, quiere decir un objeto determinado individualmente; así será *legado de especie*, el que deje el testador con estas palabras: *Legó mi esclavo Sempronio a Ticio; dejó mi caballo blanco a Seyo*.» (Comentario al párrafo 22, título 20, del libro II de las *Instituciones* de Justiniano).

Vinnio, explicando en su *Comentario* este mismo párrafo de las *Instituciones*, dice:

«Especie llaman nuestros doctores a aquello que los lójicos llaman individuo, i defienden que no es especie; como, Estico, este caballo, este buci.»

Por consiguiente, lo que constituye la *especie* en este caso es la individuacion de una cosa.

Una vaca, veinte fanegas de trigo, cien pesos, son *jéneros*. (1)

La vaca que tengo en mi pesebre, las veinte fanegas de trigo que hai en mi granero, los cien pesos que guardo en mi caja de hierro, son *especies*. (2)

Por lo tanto, para que un *jénero* se convierta en *especie* basta

(1) Segun esto, se espresa mal el *Código* cuando en el inciso tercero del artículo 951 habla de *especies indeterminadas*.

En lugar de *especies*, debió decir mas bien *cosas*.

Igual observacion puede hacerse respecto al artículo 1114, que está concebido en estos términos:

ART. 1114.

«Si de muchas *especies* que existen en el patrimonio del testador se legare una sin decir cuál, se deberá una *especie* de mediana calidad o valor entre las comprendidas en el legado.»

Siendo la *especie* un *individuo determinado*, no se puede decir con propiedad: *Si se legare una (especie) sin decir cuál, etc.*

Aunque el *Código* en este caso no habla de una manera categórica de que el legado sea *de especie*, se vale, sin embargo, de esta palabra *especie*, usándola de tal modo que puede introducir confusion.

(2) En los artículos 1112 i 2202, puede verse que el *Código* considera

determinar la cosa de tal modo que sea imposible confundirla con otras de su misma clase.

Con el objeto de fijar todavía mas las ideas sobre este particular, voi a citar una resolucíon que forma parte de un laudo pronunciado con fecha 10 de setiembre de 1890 por don Juan Valdivieso Amor.

Se trataba de interpretar la siguiente cláusula testamentaria:

„Mi hermana M. M. me debe siete mil pesos que le he entregado sin documento alguno, es mi voluntad mejorar con este capital a mi hija doña L.“

Se preténdia por alguno de los herederos que este legado era de *cantidad*, i que, por consiguiente, debia rejirse por la disposición del número 2.º del artículo 1338.

Como representante de la señorita legataria, tuve ocasion de sostener que el legado era de *especie*, i que, por tanto, debia aplicarse a él lo preceptuado en el número 1.º del artículo que acabo de mencionar.

El juez compromisario, i mas tarde la Corte de Apelaciones de Santiago, aceptaron esta última opinion, fundándose en las siguientes consideraciones:

„ 1.ª Que en la cláusula quinta de su testamento don F. A. P. indica que entre sus bienes deja un crédito contra su hermana doña M. M. por siete mil pesos que le tenia prestados sin intereses, i manifiesta su voluntad de asignar este crédito a su hija doña L. a título de mejora;

„ 2.ª Que esta asignación no puede considerarse como un legado de cantidad comprendido en la designación que hace el número 2.º del artículo 1338 del *Código Civil*, pues que esta disposición se refiere a los legados de cantidades que no se determinan sino por el número;

„ 3.ª Que cuando el legado de cantidad se determina individualmente, queda comprendido entre los que la lei designa con

como *especies* las cosas fungibles siempre que se hallen individualmente determinadas.

El lejislador emplea tambien la espresion *restituir una cosa en especie* (Artículo 2211), que equivale a *restituir la cosa misma*.

En este sentido, se contraponen ordinariamente a *restituir en dinero*.

el nombre de *legado de especie*, porque lo que constituye la esencia del legado de especie es la determinación individual de la cosa que se lega;

“ 4.^a Que el legado de un crédito es, por lo tanto, un legado específico que confiere al asignatario derecho a los frutos desde el momento de abrirse la sucesión; etc.”

En contra de esta resolución, se alega que la *especie* debe ser siempre una cosa corporal, puesto que el *Código* en repetidas ocasiones emplea la expresión *especie o cuerpo cierto*, dando a entender que éste es sinónimo de aquélla.

En efecto, son muchos los artículos en que se habla de *especie o cuerpo cierto*.

En este mismo artículo 1770 de que luego voy a tratar, se encuentra dos veces esta expresión.

¿Persigue el *Código* algún propósito al decir en unos artículos simplemente *especie* i en otros *especie o cuerpo cierto*?

O en otros términos, ¿hace distinción entre *especie* i *especie o cuerpo cierto*?

No lo creo.

Por el contrario, juzgo que no debemos ofuscarnos con el empleo desgraciado de la frase *cuerpo cierto*, que no puede tomarse en jeneral, sino en el sentido de *cosa cierta*.

En consecuencia, las *especies o cuerpos ciertos* pueden también, a mi entender, ser *cosas incorporales*.

Así cuando el artículo 1897 dice que “la permutación o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una *especie o cuerpo cierto* por otro,” no quiere indicar con esto que el mencionado contrato se refiera únicamente a las cosas corporales, puesto que es evidente que las incorporales también pueden permutarse.

Me he extendido tal vez demasiado en el estudio de esta cuestión; pero me ha parecido necesario fijar previamente el sentido de la voz *especie* para la mejor inteligencia del punto sobre que voy a discurrir.

Hemos visto que, según el artículo 1770, cada cónyuge, por sí o por sus herederos, tiene derecho a sacar de la masa las *especies o cuerpos ciertos* que le pertenezcan.

Se ha querido a veces dar a esta disposición un alcance que no puede aceptarse.

Se dice por algunos que ella se refiere aun a aquellas especies que, aunque aportadas o adquiridas por el cónyuge, forman parte del haber social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1725.

Para concretar esta cuestión a un caso dado, voi a reproducir la parte pertinente de un laudo en que se trató de este mismo punto.

El citado fallo, pronunciado por don Juan de Dios Vergara, dice así:

"Valparaiso, 23 de Noviembre de 1872

.....
 "Se ha pedido por parte de la viuda de N. N. que las dos acciones del Banco Nacional i las ocho del Ferrocarril Urbano, que su finado marido aportó a su matrimonio, se valoricen por un perito segun el precio que tenian en el mercado el 28 de abril de 1868, pues de ese precio es deudora la sociedad conyugal, que hizo suyas esas acciones en conformidad al número 4.º, artículo 1725 del *Código Civil*.

"Los herederos de N. N. se han opuesto a ese avalúo i piden que dichas acciones se devuelvan en especie sin cargo alguno, fundándose principalmente en los artículos 1770 i 1771 del mismo *Código*.

"Considerando:

"1.º Que las acciones de que se trata son emitidas por sociedades anónimas i representan las cuotas en que se divide el capital social, pero sin conferir al accionista un derecho especial sobre los bienes que puedan formar ese capital que pertenece a la comunidad en jeneral, teniendo el accionista, miéntras dure la sociedad, derecho a percibir las utilidades que ella reporta, i cuando se disuelve, su derecho al producto de la liquidacion;

"2.º Que una accion de esta clase es personal i constituye un bien mueble, segun el párrafo 2.º, título 1.º, libro II del *Código Civil*, siendo tambien trasferible con arreglo a los estatutos de las respectivas sociedades;

"3.º Que está jeneralmente reconocido que las acciones de sociedades anónimas, siendo negociables, como son las en cuestion, forman un ramo de especulacion como cualquiera otro;

"4.º Que los bienes de esta clase no pueden considerarse como las especies o cuerpos ciertos a que se refieren los artículos 1770 i 1771 del *Código Civil*, porque éstos pueden ser, segun estas leyes, susceptibles de pérdidas o deterioros que imponen a veces al otro cónyuje la obligacion de resarcirlos cuando se le puedan imputar a dolo o culpa suya i tambien capaces de recibir aumento por la industria humana, casos en que no se encuentran las acciones de que se trata, desde que las alzas o bajas en el precio venal de ellas dependen jeneralmente, no de la voluntad de un accionista, sino de causas diversas i estrañas a él, i tampoco tendrian lugar solo sobre las acciones del cónyuje; i

"5.º Que, por lo espuesto, las acciones en cuestion deben estimarse entre las especies muebles que, segun el número 4.º, artículo 1725 del *Código* citado, forman el haber de la sociedad conyugal, quedando ésta obligada a restituir su valor segun el que tuvieron al tiempo del aporte.

"Con arreglo a la disposicion legal que acaba de citarse, se declara que debe hacerse tasacion por un perito nombrado por las partes o por el partidor en caso de no avenirse, de las dos acciones del Banco Nacional de Chile i de las ocho del Ferrocarril Urbano, aportadas a su matrimonio por el finado N. N., dándoles el valor de plaza que tuvieron el 28 de Abril de 1868, valor que será de cargo a la sociedad conyugal, como aporte de dicho finado, i se devolverá a su sucesion."

La Corte de Apelaciones de Santiago, compuesta a la sazón de don Domingo Santamaría, don José de Bernáles, don Francisco Vargas Fontecilla, don Francisco Ugarte Zenteno i don José Antonio Gandarillas, confirmó lisa i llanamente este fallo.

Nada tengo que objetar a la parte resolutive de la sentencia que acabo de transcribir; pero no sucede lo mismo respecto a los fundamentos en que ésta se apoya.

Ateniéndonos al considerando 4.º, las acciones de sociedades anónimas no podrian llegar a ser nunca las *especies o cuerpos ciertos* a que se refiere el artículo 1770, porque dichas acciones

no son "susceptibles de pérdidas o deterioros que imponen a veces al otro cónyuge la obligación de resarcirlos cuando se le puedan imputar a dolo o culpa suya", ni son tampoco "capaces de recibir aumento por la industria humana."

Desde luego, me parece muy discutible el que estas acciones no puedan experimentar las pérdidas o deterioros (1) de que habla el artículo 1771.

Quiero suponer, sin embargo, que esto sea efectivo.

¿Basta el hecho de que este artículo 1771 resuelva un caso relativo a las pérdidas o deterioros que pueden a veces sufrir las especies o cuerpos ciertos, basta, digo, para deducir de aquí que *todas* las especies o cuerpos ciertos de que trata el artículo 1770 han de ser susceptibles de pérdidas o deterioros?

No lo pienso así.

Léjos de eso, estimo que las acciones de sociedades anónimas pueden perfectamente pertenecer al número de las especies indicadas en el artículo 1770.

A mi juicio, estas especies no son otras que aquellas que no han entrado a formar parte del haber social, sea en virtud de la ley, sea por la voluntad de los mismos cónyuges.

Éstos pueden, como lo dice el inciso segundo del número 4.º del artículo 1725, "eximir de la comunión cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos i por tres testigos domiciliados en el departamento."

Pues bien, ¿por qué no se habrían de poder eximir así de la comunión las acciones de sociedades anónimas u otras especies de la misma naturaleza?

A la verdad, no diviso inconveniente para ello.

Tan cierto es que el *Código* ha querido referirse a aquellas especies que no pertenecen a la sociedad, que habla de sacarlas *de la masa* i no *del haber social*.

Si la especie aportada al matrimonio o adquirida durante la sociedad hubiera entrado a componer el haber social en confor-

(1) Téngase presente que, según el *Diccionario*, *deterioro* denota la «acción i efecto de deteriorar o deteriorarse», i *deteriorar* significa «empeorar, menoscabar, poner de peor condición una cosa.»

midad a este mismo artículo 1725, el cónyuge solo tendrá derecho, como lo insinúa el artículo 1770, a pedir el precio de dicha especie (1).

Para el pago de este precio, se da un año de plazo contado desde la terminacion del inventario i avaluó; al paso que la restitucion de las especies se manda hacer "tan pronto como fuere posible" despues de esta terminacion.

Esta misma diferencia del modo de proceder en ambos casos, está patentizando la exactitud de las observaciones precedentes.

I a fin de que no quede ninguna duda a este respecto, voi a citar otro caso resuelto por nuestros tribunales.

Liquidándose una sociedad conyugal, se promovió cuestion sobre si el ganado con que habia sido adjudicada una hacienda a uno de los cónyuges pertenecia a la sociedad conyugal, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del número 4.º del artículo 1725, o si era una de aquellas especies o cuerpos ciertos que el cónyuge puede sacar de la masa con arreglo a lo prevenido en el artículo 1770.

El juez compromisario, que lo era don Domingo Santamaría, resolvió, por sentencia de 24 de enero de 1862, que el referido ganado habia sido adquirido por la sociedad conyugal a la época de la adjudicacion, i que, en consecuencia, dicha sociedad debia abonar el valor que el ganado tenia al tiempo de la adquisicion.

Respecto al ganado existente en el momento de la liquidacion de la sociedad, se declaró que pertenecia a ésta, con escepcion de los animales que, destinados al cultivo i beneficio del fundo, debian considerarse inmuebles segun el artículo 570, los cuales habian de rebajarse del número de cabezas que hubieran sido adjudicadas.

Entre otros considerandos que no vienen al caso, esta sentencia se apoyaba en los siguientes:

"6.º Que, juzgada la presente cuestion segun las disposiciones del *Código Civil*, el artículo 1725 previene que el haber de la sociedad conyugal se compone de las cosas fungibles i especies mue-

(1) Es claro que esto último supone una sociedad solvente.

bles que cualquiera de los cónyuges aporte al matrimonio, o durante él adquiriera, quedando obligada la sociedad a restituir su valor segun el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición, pudiendo los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de esas especies o muebles, con tal que las designen en las capitulaciones o en una lista firmada por ambos i tres testigos;

"7.º Que los ganados son especies muebles, porque el artículo 567 denomina como tales los que pueden trasportarse de un lugar a otro, moviéndose ellos a sí mismos, como los animales, o por el impulso de una fuerza esterna, como las cosas inanimadas;

"8.º Que el marido no separó de la sociedad conyugal los ganados con que se le adjudicó la hacienda i que, en consecuencia, la sociedad adquirió dominio sobre ellos, constituyéndose deudora del valor que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición;

"9.º Que el artículo 1770 solo ordena que cada cónyuge pueda sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan, i que por tales se entienden, ya los bienes raíces que no pueden de ninguna manera confundirse, ya aquellos objetos determinados de tal modo, que no pueden equivocarse con otros porque llevan un distintivo especial que los caracteriza, como son los que quedan excluidos de la comunión conyugal al tiempo de las capitulaciones matrimoniales, o los que por su uso i destino particular no permiten abrigar duda en cuanto a su designación;

"10.º Que las palabras que se encuentran en la escritura de adjudicación "hacienda N. con todos sus ganados i enseres", si bien señalan un jénero, no particularizan una especie, puesto que es prudente creer que esos mismos ganados no existan a la fecha."

La Corte Suprema confirmó el fallo a que me refiero con el auto que copio en seguida:

"Santiago, abril 29 de 1862. — Vistos: con el mérito de los considerandos 1.º, 3.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º i 10.º, se confirma la sentencia apelada de 24 de enero último, con costas del recurso. — Devuélvanse. — MONTT. — CERDA. — PALMA. — BARRIGA. — VA-

LENZUELA.—Proveído por la Exma. Corte Suprema.—*Cisternas.*»

Como se ve, los distinguidos majistrados que suscriben el fallo precedente aceptaron de una manera espesa i categórica todos los considerandos que he reproducido mas arriba.

(Continuará)

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI REYES

Profesor de Gramática castellana en el Instituto Naciona

