DERECHO CIVIL
PARTE GENERAL

GUILLERMO J. BORDA

2.ª edición actualizada

MARIANO GAGLIARDO (H.)
JUAN MANUEL LEZCANO
MARIANA SIMONE

INCLUYE VERSIÓN *eBook*

THOMSON REUTERS
LA LEY

THOMSON REUTERS
LA LEY

DERECHO CIVIL
PARTE GENERAL

GUILLERMO J. BORDA

Autor

2.ª EDICIÓN ACTUALIZADA

MARIANO GAGLIARDO (H.)
JUAN MANUEL LEZCANO
MARIANA SIMONE
Colaboradores

Borda, Guillermo Julio
Derecho civil : parte general, 2da edición actualizada / Guillermo Julio Borda. - 2a ed ampliada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2019.
Libro digital, Book "app" for Android
Archivo Digital: online
ISBN 978-987-03-3703-4
1. Derecho Civil. I. Título.
CDD 346

© Guillermo J. Borda (Dir.), 2019
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2019
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISBN 978-987-03-3703-4
SAP 42620764
Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las emiten.
Argentina

CONTENIDO

Prólogo a la segunda edición

Prólogo a la primera edición

Parte General

- Capítulo I - El Derecho
- Capítulo II - Fuentes del derecho civil
- Capítulo III - Los códigos en la Argentina
- Capítulo IV - Efectos de la ley con relación al tiempo
- Capítulo V - Interpretación y aplicación de la ley
- Capítulo VI - Principio y fin de la existencia de las personas naturales
- Capítulo VII - Atributos de la personalidad
- Capítulo VIII - Los incapaces
- Capítulo IX - Personas jurídicas
- Capítulo X - El patrimonio
- Capítulo XI - Teoría general de los hechos y actos jurídicos
- Capítulo XII - Forma de los actos jurídicos
- Capítulo XIII - Modalidades de los actos jurídicos
- Capítulo XIV - Vicios del consentimiento
- Capítulo XV - Ineficacia de los actos jurídicos
- Capítulo XVI - Extinción de las relaciones jurídicas

Bibliografía general

Bibliografía especial

Prólogo a la segunda edición

A poco más de dos años de la primera edición, y luego de dos reimpresiones, ponemos en manos del lector esta nueva edición que ha sido ampliada y corregida. Se han volcado en esta obra las nuevas tendencias y opiniones autorales, como así también se han corregido errores en los que se había incurrido.

El trabajo de actualización me ha puesto nuevamente de manifiesto la encomiable tarea realizada por Guillermo A. Borda, mi padre, que produjo una obra excepcional y única en nuestro país, sin la ayuda de todos los medios modernos de tecnología que acercan el saber en forma notable y en tiempo real, lo que lo hace mucho más extraordinario. Y también me ha permitido seguir sintiéndolo muy cerca, a pesar de los ya largos años de ausencia física.

Por último, quiero agradecer muy especialmente la colaboración que me ha prestado en esta edición la Dra. Mariana Simone, quien no solo me incentivó a hacerla, sino que me propuso tratar nuevos temas, ampliar otros y corregir errores que se habían deslizado, trabajos estos que hemos desarrollado en forma conjunta y que han sido incluidos en esta nueva edición.

Finalizo este prólogo reiterando el agradecimiento que le expresara a mi querido padre en el final del primer prólogo, por su ejemplo de vida, los valores que nos supo transmitir el profundo sentido de justicia que nos inculcó, que es un valor de vida no negociable, sobre todo en los tiempos difíciles que nos han tocado vivir.

Prólogo a la primera edición

A casi setenta años de que Guillermo A. Borda, mi padre, publicara su *Derecho civil. Parte general*, obra que fuera constantemente actualizada y enriquecida por su creador, se produce un verdadero vendaval jurídico con la sanción del Cód. Civ. y Com.

Sus hijos, que ya en vida de él, habían colaborado en la actualización de la obra y lo hicieron, también, con posterioridad a su fallecimiento, se plantearon el interrogante de si actualizaban la única obra jurídica que abarcaba todo el derecho civil o respetaban lo que hasta ese momento era, en casi su totalidad, la pluma de Borda, esto es, su claridad, su sencillez, su inquebrantable sentido de justicia y su total compromiso con un derecho humano y sensible.

Estudiando y releyendo el nuevo Código comprendimos con Alejandro, mi hermano, que era imposible hacerlo. ¿Cómo pondríamos en boca o bajo el título de nuestro padre toda una nueva terminología, alejada de la clásica jurídica, o temas como la constitucionalización del derecho civil, la nueva manera y forma

de clasificar a los menores, la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional, las uniones convivenciales, el régimen de separación de bienes en el matrimonio, los nuevos derechos reales, los cambios en materia sucesoria?, por señalar solo algunas innovaciones introducidas en el Cód. Civ. y Com. Imposible.

Es que han sido tantos y tan profundos los cambios operados que finalmente comprendimos que el mejor homenaje que podíamos hacer a la memoria de nuestro padre era dejar incólume su obra, tal como él la había concebido y realizado.

Así, y teniendo en cuenta ello, decidimos con Alejandro emprender un nuevo camino, hermanados como nuestro padre hubiera querido, tomando lo máximo de su obra y poniendo nuestro sello y el de los que nos han acompañado en este nuevo camino.

El *Tratado* queda como está, como fue concebido. Ese fue y es el pensamiento de nuestro padre, que no solo seguirá siendo de consulta obligada para quienes abogamos, sino que, no dudamos, seguirá iluminando muchas decisiones judiciales.

La obra que presentamos, que conserva el método de Borda y sus enseñanzas, no tiene notas, sino citas doctrinarias. Con el correr de los tiempos iremos agregando la jurisprudencia que marque los nuevos rumbos.

Este *Derecho civil. Parte general* que se presenta es el fruto de un trabajo compartido con la Dra. Mariana Simone y los Dres. Mariano Gagliardo (h) y Juan Manuel Lezcano, a quienes les propuse la tarea de trabajar en él, ofrecimiento que aceptaron inmediatamente y por cuya colaboración les estoy profundamente agradecido.

Y ya que de agradecimientos también se trata, no puedo dejar de poner en primer lugar a quien es el alma mater de este libro: mi padre, mi querido padre, por haber estado presente en todo momento de mi existencia y seguir haciéndolo con su ejemplo de vida, con los valores que nos supo transmitir y con el sentido de justicia que nos inculcó, que es un valor de vida no negociable.

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I - EL DERECHO

§ 1.— NOCIONES GENERALES

1. Concepto

La convivencia de los hombres en sociedad exige inexcusablemente la vigencia de normas a las cuales deben ajustar su conducta; de lo contrario reinaría el caos y la vida en común sería imposible.

En las sociedades primitivas estas normas de conducta presentan un aspecto amorfo: las normas jurídicas, religiosas y morales, y hasta los simples usos o costumbres sociales, aparecen indiferenciados y entremezclados. La confusión entre las normas jurídicas y las religiosas es especialmente marcada en las sociedades fuertemente teocráticas. Es así como en el imperio incaico, por ejemplo, religión y derecho formaban un todo inseparable. El inca era a la vez dios y príncipe; el orden impuesto por este tenía carácter sagrado; de ahí la gravedad con que se penaba la más pequeña violación. Aún en nuestros días el derecho musulmán está impreso de un poderoso sello religioso.

Pero la evolución de las sociedades y de los pueblos ha ido acentuando la distinción entre los distintos tipos de normas que presiden la conducta del hombre en sociedad. Por lo pronto, hay algunas cuyo respeto se reputa tan necesario a la convivencia social, que el Estado las impone con carácter obligatorio: son las normas jurídicas. Pero no basta que la norma haya sido impuesta por el poder público para considerarla derecho: para merecer este nombre es preciso que sea conforme a la idea de justicia. Sobre este delicado problema hemos de volver más adelante. Todavía cabe agregar que existen normas obligatorias no impuestas por ninguna ley positiva, pero que surgen del derecho natural o de la costumbre. Basta por ahora con lo dicho para definir el derecho como el conjunto de normas de conducta humana obligatorias y conformes a la justicia.

Al estudiar las relaciones entre moral y derecho, hemos de ir ahondando y precisando este concepto.

§ 2.— MORAL Y DERECHO

A.— NORMAS JURÍDICAS Y NORMAS MORALES

2. Paralelo

El problema de la distinción entre moral y derecho es una de las más delicadas cuestiones que se presentan a la filosofía del derecho y ha dado lugar a una de las grandes controversias del pensamiento contemporáneo, sobre la que hemos de volver más adelante al hablar del derecho natural. La dificultad consiste en que no se trata de conceptos perfectamente independientes, separados entre sí por una línea definida. No solo aparecen frecuentemente entremezclados, no solo se influyen recíprocamente, sino que, a nuestro entender, la moral es un ingrediente necesario de lo jurídico (v. nros. 5º y ss.).

Ello no significa, sin embargo, que no se pueda establecer una distinción entre la norma jurídica y la puramente moral.

a) Tanto la moral como el derecho son normas de conducta humana; pero la moral valora la conducta en sí misma, plenariamente, en la significación integral y última que tiene para la vida del sujeto; en cambio, el derecho valora la conducta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás. El campo de imperio de la moral es el de la conciencia, es decir, el de la intimidad del sujeto; el área sobre la cual pretende actuar el derecho es el de la convivencia social.

Tanto la moral como el derecho se encaminan hacia la creación de un orden. Pero el de la moral es el que debe producirse dentro de la conciencia; es el orden interior de nuestra vida auténtica. En cambio, el orden que procura crear el derecho es el social, el de las relaciones objetivas entre las personas.

No ha de creerse, sin embargo, que la moral se ocupa únicamente del individuo, de la intimidad de su conciencia y, a la inversa, que el derecho desdeña todo lo que no sea el campo de las relaciones sociales. La moral no opone el individuo a la sociedad; por el contrario, reputa al hombre como un ser eminentemente sociable y lo valora como tal; en buena medida, los actos humanos se juzgan moralmente según su alcance exterior, su valor social: el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones. La moral gobierna la conducta social del hombre mediante dos virtudes, la caridad y la justicia. Y, por su parte, el derecho más de una vez penetra al fondo de las conciencias y juzga las intenciones.

b) La moral es autónoma, es decir, se la impone el individuo a sí mismo, surge de una convicción propia, exige una íntima adhesión a la norma que cumple. No importa que las normas hayan sido establecidas por un proceso racional íntimo, o que deriven de una fuente externa (revelación religiosa, tradición, mandato paterno, etc.), porque en estos últimos casos, aunque el contenido de las normas morales no haya sido hallado por su sujeto, este estima que es bueno y obligatorio cumplir con ellas. Aun en tales casos, la moral tiene que descansar en una convicción del sujeto.

En cambio, el derecho es heterónomo, le es impuesto al individuo por el Estado, con total independencia de lo que íntimamente piense aquel. No importa que el sujeto estime buena o mala la norma jurídica; de todas maneras, le es obligatorio cumplirla. Concretando: la norma moral se la impone el individuo a sí mismo; la jurídica le es impuesta por el Estado.

c) Del carácter diferencial aludido en el párrafo anterior surge este otro: la moral supone y requiere libertad en su cumplimiento, pues para que una conducta pueda ser objeto de un juicio moral es preciso que el sujeto la realice por sí mismo, que responda a una posición de su propio querer. En cambio, la norma jurídica es obligatoria; los individuos no pueden

negarse a cumplirla, pues, si lo hicieran, el Estado los obligaría a cumplirla coactivamente; y si el cumplimiento fuera ya imposible, aplicaría también coactivamente una sanción.

Lo dicho en los párrafos anteriores no significa, en modo alguno, negar la existencia de sanciones en caso de violación de normas puramente morales. Esas sanciones suelen consistir en el repudio social, en el menosprecio de los amigos. Pero la eficacia de estas sanciones, a veces dolorosísimas, es relativa y depende de la mayor o menor sensibilidad que sujeto que las sufre tiene frente a ellas. Para ciertos espíritus sensibles, serán más temibles que la propia represión jurídica; para otros, en cambio, serán despreciables. Pero, de todos modos, cualquiera que sea la importancia de las sanciones morales como fuerza social, lo cierto es que su naturaleza es bien distinta de la coactividad jurídica. La sanción moral puede o no seguir a la violación de una norma moral y esta puede o no ser respetada por los individuos; en cambio, la norma jurídica debe ser cumplida inexorablemente y, en garantía de ello, está presente la fuerza del Estado, que incluso suele llegar a la compulsión física si es menester.

d) En la moral, el deber se impone fundamentalmente por causa del sujeto llamado a cumplirlo, si bien no es posible olvidar que, como ya lo dijimos, el hombre es un ser eminentemente sociable y que, por consiguiente, al imponérsele un deber moral no solo se tiene en cuenta al individuo en sí, sino también a la sociedad en que actúa.

En cambio, los deberes o, para hablar con mayor propiedad, las obligaciones jurídicas, no se imponen en consideración ni en beneficio del obligado, sino del acreedor, es decir, de la persona que está colocada frente a él en la relación jurídica.

Esto explica por qué el deber moral es solo deber y no tiene un correlativo derecho frente a él; en cambio, la obligación jurídica implica siempre la existencia, frente al obligado, de un sujeto pretensor que, jurídicamente autorizado, exige; ante el deudor hay siempre un acreedor.

3. Disposiciones legales que vinculan moral y derecho

Son numerosas y muy importantes las normas legales que aluden concretamente a principios del orden moral, señalando la íntima vinculación entre moral y derecho. Por lo pronto, el propio Preámbulo de la Constitución Nacional (CN) señala entre los propósitos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, el de afianzar la justicia; de ahí que las soluciones injustas, contrarias al sentido moral, son inconstitucionales.

Otra disposición de capital importancia es el art. 279 del Cód. Civ. y Com., según el cual el objeto de los actos jurídicos no debe ser contrario a las buenas costumbres. Ello significa que todo ese vastísimo conjunto

de relaciones humanas, originadas en los actos jurídicos, debe ajustarse a la moral. Este artículo ha sido el punto de apoyo de una jurisprudencia fecunda, que se preocupó de hacer penetrar cada vez más firmemente la idea moral en nuestro derecho positivo. Con este fundamento se han reputado contrarios a la moral y buenas costumbres y, por tanto, nulos, los contratos de trabajo vinculados con las casas de tolerancia, el pago de la influencia política, el pacto comisorio en el contrato de compraventa cuando el comprador ha pagado una parte sustancial del precio, el corretaje matrimonial, los intereses usurarios, etc. El art. 386 del mismo Código dice que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres.

En materia de familia, el art. 413 establece que el tutor es responsable por su acción u omisión en el ejercicio o en ocasión de sus funciones. Este módulo para apreciar la conducta del tutor está preñado de sentido moral y es de frecuente aplicación en el derecho de familia.

4. Las simples normas de trato social: paralelo con las normas morales y las jurídicas

La conducta humana no solo está reglada por la moral y el derecho, sino también por normas de trato social, llamadas, asimismo, simples usos o reglas de decoro. Se trata de un conjunto numerosísimo y abigarrado de normas que atañen a los buenos modales, la cortesía, el tacto social e, inclusive, a la moda en los vestidos y en el trato.

a) Diferencias con las normas morales. Las reglas de simple trato social se refieren a "la capa superficial del hombre", a los planos externos de la conducta, es decir, a aquellos en que se verifica el contacto con las demás gentes, a lo que podríamos llamar piel social. La profundidad de la vida, la intimidad, la esfera de las intenciones originarias, en suma, la auténtica individualidad, es lo afectado por la moral y es lo no alcanzado jamás por las reglas del trato. Y así puede ocurrir que un sujeto perfectamente moral esté en déficit respecto de las reglas del trato: cual le ocurría a San Francisco de Asís, que encarnó una ejemplaridad de conducta moral y que, en cambio, era un inadaptado para las reglas del trato... Y, por otra parte, "todos conocemos personas muy correctas en el cumplimiento de las normas del trato social, que tienen el alma encanallada por dentro" (RECASENS SICHES).

Además, según ya lo hemos dicho, la moral es autónoma, es una imposición de la propia conciencia. Por el contrario, las reglas de trato social son heterónomas, le son impuestas al individuo por el medio social en que actúa. Las primeras requieren una adhesión íntima; las segundas, en cambio, solo procuran una adhesión externa, cualquiera que sea la opinión del individuo sujeto a ellas. En cambio, quien no roba solo por temor a la cárcel, pero que lo haría de no mediar esa sanción, es una

persona moralmente reprobable; porque la moral no se conforma con el cumplimiento externo de la norma, sino que requiere una adhesión íntima.

b) Diferencia con las normas jurídicas. Las reglas de trato social tienen de común con las jurídicas su heteronomía, vale decir, que ambas le son impuestas al individuo por una autoridad externa a él mismo. Pero en un caso, la autoridad es la sociedad en que vive, el círculo de sus relaciones, su propia familia. En el otro, la autoridad es el Estado, quien lo hace en ejercicio de su *imperium.*

De ahí se desprende esta diferencia fundamental: el que infringe una regla de simple trato se expone a sanciones de su medio o de su círculo, que a veces son dolorosísimas, pero que, como en el caso de las sanciones morales, pueden cumplirse o no, dependiendo su eficacia, más que nada, de la sensibilidad con que reaccione ante ellas el individuo. En cambio, la coactividad jurídica, según ya lo hemos dicho, tiende al cumplimiento inexorable de la ley, llegando si es necesario a la compulsión física para lograr ese objeto.

5. Penetración del factor moral en el derecho positivo argentino

La penetración del factor moral en el derecho positivo es una de las características del derecho moderno. Ya nos hemos referido con anterioridad a la labor desarrollada por nuestra jurisprudencia para lograr ese resultado sobre la base de algunos textos del Cód. Civil. Ahora nos referiremos a la ley 17.711, una de cuyas características salientes fue haber acentuado notablemente el papel de la moral como ingrediente del derecho positivo. Algunas veces aludiendo directamente a la moral, otras a la equidad, otras a la buena fe y las buenas costumbres, otras normas, en fin, castigando a la malicia.

Destacaremos algunos de los textos más importantes de dicha reforma y que han sido receptados casi literalmente por el nuevo Cód. Civ. y Com. El art. 1071 que descalificaba el abuso del derecho, decía que existía un ejercicio abusivo del derecho cuando se contraríen los fines que la ley tuvo al reconocerlos o cuando exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Este concepto ha sido reiterado en el art. 10 y ampliado en el art. 11 del nuevo Cód. Civ. y Com. El art. 1198 sentaba una regla capital, que era aplicable a todo el vastísimo mundo de los contratos, cual es que estos debían celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe; hoy ello se ve reflejado en el art. 961. El art. 954 que incorporaba el vicio de lesión a nuestro derecho positivo para evitar la explotación por una de las partes de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la otra, tiene cabida en el art. 332 con pequeñas modificaciones, tal como cuando se refiere a la debilidad psíquica como causal de lesión en lugar de ligereza como decía anteriormente. El art. 1051, referente a los efectos de la nulidad,

establecía que solo se protege al subadquirente de buena fe, lo que es semejante en la disposición del art. 473. El art. 2513 derogó la atribución que el texto anterior confería al propietario de desnaturalizar, degradar o destruir la propiedad; y el siguiente prescribe que el propietario no debe hacer un ejercicio abusivo de sus potestades. Es la idea moral penetrando en el concepto del derecho de propiedad. Los arts. 521 y 522 castigaban la conducta maliciosa. Y numerosas disposiciones prescriben fallar según equidad (arts. 279, 344, 386, 1652, 1750 y otros). Y, ya se sabe, la equidad es un valor moral porque hace a la justicia conmutativa.

B.— Vinculación entre moral y derecho

6. Moral y derecho

En las páginas precedentes hemos procurado establecer con claridad la distinción entre las normas puramente morales y las jurídicas. No se agota aquí, sin embargo, el arduo problema de la relación entre moral y derecho. ¿La moral es un concepto extraño al derecho o, por el contrario, es un ingrediente necesario de él? Alrededor de esta cuestión se ha trabado una de las más trascendentales polémicas del pensamiento contemporáneo. Hemos de analizar, seguidamente, las dos posiciones encontradas, sostenida la una por el positivismo jurídico y la otra por la escuela del derecho natural.

7. La escuela positivista

El positivismo jurídico ha sido llevado a su plenitud y ha alcanzado un renovado vigor a partir de las enseñanzas de Hans Kelsen. Según el maestro vienés, por derecho solo debe entenderse el derecho positivo, es decir, el conjunto de normas dictadas por el soberano. La moral, la política, son conceptos metajurídicos, no forman parte de la norma jurídica. Esto no significa negar su influencia en el derecho; por el contrario, el legislador suele generalmente inspirarse al dictar la ley en ideas de orden moral o político. Pero el derecho es tal por el solo hecho de haber sido sancionado por el legislador y estar respaldado por la fuerza pública; no importa que se adecue o no a la moral vigente en esa sociedad; mejor si ello ocurre, pero si no es así lo mismo es derecho.

Es necesario reconocer que la teoría pura del derecho ha sido expuesta con un rigor lógico imponente, lo que explica su vasta repercusión en el pensamiento jurídico moderno. Pero hay que admitir también que está muy lejos de satisfacer graves inquietudes del espíritu humano. No es posible aceptar esta separación total entre derecho y moral, ni que tanto merezca el nombre de derecho la norma justa como el mandato arbitrario, por el solo hecho de provenir del legislador. El llamado derecho injusto es un contrasentido; si es injusto, no es derecho.

De lo contrario, habría que convenir en que también es derecho el orden establecido en los estados corsarios y piratas, que prosperaron durante siglos en América y perduraron en la costa de África hasta entrado el siglo XIX.

8. El derecho natural

Frente a la postura crudamente realista del positivismo, la escuela del derecho natural afirma que la justicia es un elemento necesario del derecho. Esto implica, por consiguiente, negar categoría jurídica a las leyes injustas, lo que lleva implícito el derecho a negar obediencia a tales normas. Se comprende así toda la gravedad que encierra esta cuestión y, por ende, la importancia del siguiente interrogante: ¿cuál es el criterio que, dentro de las complejísimas cuestiones jurídicas, ha de permitirnos distinguir lo justo de lo injusto?

Ese criterio no es otro que el derecho natural. Si la ley es conforme a él, es justa; si es incompatible con él, es injusta. Entiéndase por derecho natural aquel que surge de la naturaleza humana y que es revelado al hombre por la razón. Por esa circunstancia de provenir de la naturaleza misma del hombre, es inmutable y universal.

El derecho positivo, pues, debe ajustarse al derecho natural, lo cual no significa que aquel participe del mismo carácter de inmutabilidad de este. El derecho natural no hace sino fijar los grandes principios, las líneas rectoras de la organización social, pero dentro de ellas caben soluciones distintas, aplicables a diferentes pueblos y épocas, puesto que las circunstancias difieren.

De más está agregar que, siendo la justicia una virtud moral, el planteo de la escuela de derecho natural implica que la moral es un ingrediente necesario del derecho. Si se quita el carácter moral del derecho y de los deberes jurídicos —dice CATHREIN— se quita toda su dignidad y toda su nobleza al orden jurídico entero, rebajándolo a una suma de medidas coercitivas, a un sistema policíaco.

Esta teoría del derecho natural, prestigiada por los grandes filósofos de la antigüedad, adquirió su máximo desarrollo y esplendor en la obra de SANTO TOMÁS DE AQUINO. Por la influencia del realismo jurídico, su prestigio sufrió largos eclipses, pero ha resurgido con renovado vigor cada vez que una gran crisis de la humanidad ponía en peligro la libertad y la dignidad humana. Ha servido de bandera en todas las grandes batallas del espíritu, ha dado lugar a la creación de ramas nuevas del derecho, como el internacional público y el obrero.

La profunda crisis que está viviendo el mundo contemporáneo ha provocado un poderoso movimiento iusnaturalista que, en abierta lucha

con el positivismo, combate por la dignidad del derecho y por exaltar los valores eternos de la condición humana.

Se ha hecho, contra esta teoría, la grave objeción de que no ha sido posible ponerse de acuerdo sobre las normas concretas que constituirían el llamado derecho natural. Sobre este punto existen graves divergencias aun entre sus sostenedores; lo que para unos es conforme al derecho natural, para otros no lo es. En el fondo, lo que llamamos derecho natural no sería otra cosa que nuestro propio ideal confrontado con el derecho positivo.

Sin duda, la observación es seria. No existe, desde luego, un código universalmente aceptado que reúna las normas de derecho natural y conforme al cual podamos afirmar si una determinada ley positiva es justa o no. Pero también es cierto que el acuerdo sobre los grandes principios no solamente no es imposible, sino que es simple.

Debe aceptarse que el respeto de la libertad y, por ende, de la dignidad humana, es de derecho natural; igualmente lo es el imperio de la igualdad, entendiendo por tal la que se desprende de la naturaleza y destino del ser humano, lo que no implica negar las desigualdades accidentales propias de cada sujeto; son también de derecho natural la familia, las asociaciones, la propiedad, y el derecho debe garantizarlas y asegurar su normal desenvolvimiento. Todo ello forma la base del derecho natural y sobre estas materias existe acuerdo general.

No es de extrañar que al concretar las instituciones humanas en la legislación positiva se susciten divergencias sobre si tal o cual norma es conforme a la ley natural. Pero estas dificultades (inevitables si se piensa que quienes deben formular el derecho natural en reglas objetivas son hombres y que, como tales, están expuestos permanentemente al error) no obstan a que quede en pie el concepto central: que hay derechos que el hombre posee como tal, como criatura de Dios, de los cuales no puede ser despojado por el legislador; que hay normas imperativas injustas y que no se puede identificar ciegamente la ley con el derecho.

§ 3.— Clasificación del derecho positivo

9. El derecho positivo: distinción en derecho público y privado

Se llama derecho positivo al conjunto de leyes vigentes en un país.

Se divide en dos grandes ramas: derecho público y privado. Aún hoy perdura la controversia acerca del criterio que permita distinguir estas dos categorías de leyes:

a) Según una primera opinión, el público sería un derecho de subordinación caracterizado por la desigualdad de los dos términos de la relación jurídica: el Estado por un lado, los individuos por otro. Al contrario,

el derecho privado sería un derecho de coordinación en el cual los sujetos están ubicados en un plano de igualdad. En el primero, la justicia tomaría la forma de justicia distributiva; en el segundo, de conmutativa.

Este criterio, útil para formarse una idea general de la cuestión, fracasa, sin embargo, en su aplicación al derecho internacional público, puesto que los Estados se hallan en un pie de igualdad jurídica.

b) Conforme a una segunda opinión, prestigiada por algunos textos romanos, la clave de la distinción debe hallarse en el interés: si lo que predomina en la norma jurídica es el interés general, colectivo, social, es derecho público; por el contrario, si lo que priva es el interés de los particulares, es derecho privado.

Este criterio debe rechazarse por impreciso y estéril. Es poco menos que imposible delimitar la línea que separa el interés público del privado; la inmensa mayoría de las leyes de derecho privado, como por ejemplo, las que gobiernan la propiedad, la familia, el comercio, se dictan teniendo en cuenta los intereses generales. A la inversa, numerosas normas de derecho público, como la protección constitucional de la libertad, la igualdad, el honor y la vida, tienden primordialmente al amparo de intereses individuales.

c) A nuestro entender, debe fincarse la distinción en el sujeto de la relación: si interviene el Estado como poder público, estamos en presencia de una norma de derecho público; si intervienen solo los particulares, o el Estado en su carácter de simple persona jurídica, se trata de derecho privado.

Algunas veces, el Estado delega sus atribuciones en los particulares, como ocurre con frecuencia con ciertos servicios públicos, pero, por esa misma circunstancia de actuar por delegación, de hacerlo en lugar del Estado, como si fuera este, tales actividades están regladas por el derecho público.

Por el contrario, a veces el Estado actúa como simple particular, por ejemplo, cuando alquila una casa, ya sea como propietario o locatario: en tal caso, la relación que se establece es de derecho privado.

Con todo, y aunque preferimos el criterio de distinción fundado en el sujeto de la relación, no puede negarse que los otros confluyen a tipificar de una manera más rigurosa el derecho público y privado.

No debe creerse, sin embargo, que estas dos grandes ramas del derecho sean algo así como compartimientos estancos, sin vinculación entre sí. Por el contrario, están estrechamente ligados: la violación de derechos privados trae como consecuencia la aplicación de normas de derecho público, por ejemplo, el hurto (lesión al derecho de propiedad) trae aparejado la aplicación de una pena; a la inversa, la transgresión de

deberes públicos puede dar lugar a la acción de daños y perjuicios del damnificado contra el Estado o el funcionario culpable; todas las acciones civiles tienden a poner al servicio del actor la fuerza pública del Estado para asegurarle el goce de sus derechos. Es que en realidad el derecho es uno: el edificio jurídico es único y coronado por la CN; esta es el elemento aglutinante y, por así decirlo, la base sobre la que reposa todo el ordenamiento legal.

10. Las ramas del derecho público

De acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior, podemos definir al derecho público como aquel en que el Estado, como poder público, se halla en juego, el que rige su organización y desenvolvimiento y regla sus relaciones con los particulares.

Las ramas del derecho público son las siguientes:

a) El derecho constitucional, que organiza el Estado, determina las relaciones y facultades de los distintos poderes y establece las normas fundamentales de convivencia social.

b) El derecho administrativo, que organiza el funcionamiento de la Administración Pública, ya sea nacional, provincial o municipal, y las relaciones entre ella y los administrados.

c) El derecho penal, que establece la legislación represiva de los delitos, en protección del orden social.

d) El derecho internacional público, que rige las relaciones de los Estados entre sí.

e) El derecho financiero, que regula la percepción de los ingresos públicos y la aplicación del gasto público.

f) El derecho tributario, que regula la aplicación y percepción de los tributos.

No tan definida es la ubicación de otras ramas del derecho positivo. El derecho de minería, que regula la explotación minera, debe considerárselo integrante del derecho público, no obstante que algunas minas, de poca importancia económica, están regidas por el derecho privado.

Más difícil todavía es la ubicación del derecho procesal. Se ha sostenido que se trata de una rama del derecho público, puesto que su objeto es el funcionamiento de un servicio público, como es la administración de justicia. Esta opinión nos parece indiscutible en lo que atañe al procedimiento penal y administrativo. En cambio, en lo que se refiere al procedimiento civil y comercial, y al laboral, preferimos adherir a la teoría tradicional, según la cual debe considerárselo integrante del derecho privado. El objeto de este procedimiento es hacer efectivos los

derechos que las leyes conceden a los particulares; sin las correspondientes acciones, tales derechos no tendrían vigencia práctica; aquellas son, por lo tanto, la consecuencia necesaria de estos y deben tener su misma naturaleza jurídica. Además, estas ramas del procedimiento reglan las controversias de los particulares entre sí, por consiguiente, forman parte del derecho privado.

11. Las ramas del derecho privado

A su vez, el derecho privado cuenta con las siguientes ramas:

a) El derecho civil, tronco común de todas las ramas del derecho privado, cuyo concepto hemos de exponer en el punto siguiente.

b) El derecho comercial, que regla las relaciones de los comerciantes y las consecuencias jurídicas de los actos de comercio, y del cual se va diseñando, cada vez con mayor vigor, la segregación del llamado derecho de la navegación, que atañe al comercio marítimo y aéreo.

c) El derecho procesal civil y comercial y el laboral.

d) La legislación del trabajo, que regla las relaciones jurídicas nacidas del trabajo, y que actualmente se halla en pleno y vigoroso desarrollo. Si bien no es discutible el carácter esencialmente privado de este derecho, que rige las relaciones entre patrones y obreros, no es menos cierto que, en algunos aspectos, está adquiriendo un matiz público; las condiciones de trabajo no se discuten ya privadamente entre el patrón y el obrero, sino que se celebran convenios colectivos, en los que la intervención del Estado es muy frecuente; del mismo modo, la reglamentación del trabajo, las inspecciones, acentúan esta tendencia a romper el marco del derecho privado. La intervención del Estado en el contrato de trabajo es tan constante y directa, que él mismo parece parte de esta relación jurídica.

e) La legislación rural, que regla las relaciones de vecindad rural y las cuestiones que surgen de la explotación agropecuaria.

12. Concepto de derecho civil. Evolución histórica

Para comprender cabalmente el concepto de derecho civil, es conveniente recordar la evolución histórica de su contenido.

En Roma, *jus civile* significaba el derecho propio de un pueblo independiente, por oposición *jus gentium,* que comprendía las reglas comunes a todos los pueblos, y *jus naturale*, que eran aquellas reglas elementales que derivaban de la naturaleza misma del hombre.

A medida que el vasto imperio fue asimilando más y más los pueblos conquistados y les concedió la ciudadanía, *jus civile* de Roma, llamado también derecho quiritario, fue desalojando a los otros derechos nacionales hasta convertirse en la ley común de todo el imperio.

A la caída de este, la expresión *jus civile* designaba el derecho romano, público y privado. Poco a poco, sin embargo, aquellas palabras tomaron un sentido distinto: comenzaron a designar al derecho privado, por oposición al público. Esta desviación se explica de una manera muy simple, al decir de RIPERT. El *jus civile,* tal como los estudiosos lo encontraron recopilado en la codificación de Justiniano, comprendía a la vez normas de derecho público y privado, pero a la caída del imperio, los textos sobre la organización estatal y su administración no tenían ninguna utilidad. Como consecuencia de ello, los jurisconsultos no acudían a las compilaciones de Justiniano sino para buscar las reglas de derecho privado; de ahí que, poco a poco, derecho civil vino a significar derecho privado.

Con el avanzar de los siglos, el progreso de la técnica de las comunicaciones, el aumento del tráfico mercantil y del intercambio entre los pueblos fue creando la necesidad de desglosar de aquel tronco común que era el derecho privado o civil, algunas ramas que escapaban a sus moldes, un poco estrechos. Así fue como se separaron el derecho comercial y el procesal. Mucho más reciente es la separación de la legislación rural. Durante el siglo XIX, el desarrollo del maquinismo y de la gran industria dio lugar a los nuevos y complejísimos problemas surgidos del trabajo y con ellos se produjo la segregación del derecho obrero.

Como se ve, el civil ha sido el derecho madre del cual se han ido disgregando las restantes ramas del derecho privado. Precisamente en razón de esta evolución histórica se lo ha definido como el derecho privado, exclusión hecha de las normas que atañen a problemas específicamente comerciales, procesales, rurales o laborales. Pero esta definición por resta o deducción, que sin duda tiene su parte de verdad, es insatisfactoria, porque da la idea de que el derecho civil es algo amorfo, que no puede vertebrarse alrededor de un concepto unitario. Y esa idea es falsa. El derecho civil ha conservado en su seno todo lo que es realmente fundamental del derecho privado: es el derecho que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades o profesiones peculiares; que regla sus relaciones con sus semejantes y con el Estado, cuando este actúa en su carácter de simple persona jurídica y en tanto esas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humano.

El derecho civil se ocupa, por consiguiente, del sujeto del derecho, sea la persona natural o la jurídica; se ocupa, asimismo, de la familia y establece los deberes y derechos que nacen del parentesco; del objeto de los derechos, o sea, de los bienes y las cosas; de los actos jurídicos, de los derechos patrimoniales y, en particular, de la propiedad, de las sucesiones, etc.

13. Relaciones del derecho civil con las otras ramas del derecho privado

Hemos visto ya que el derecho civil ha sido el tronco común del cual se han desprendido las restantes ramas del derecho privado. Pero esa separación no es total; aquellas ramas no poseen una completa autonomía ni pueden, por sí solas, resolver todos los problemas jurídicos que se presentan a los comerciantes, obreros, labradores, etc. En otras palabras, carecen de integridad; y cuando sus normas no prevén un caso dado, es necesario recurrir al derecho civil. El art. I del título preliminar del Cód. Com., hoy derogado, decía expresamente que "en los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil". Hoy esta división no existe más como consecuencia de la unificación de ambos Códigos en el nuevo Cód. Civ. y Com.

Mucho más estrechos todavía son los vínculos que unen al derecho civil con la legislación rural y laboral, lo que se explica perfectamente porque estas son ramas segregadas recientemente y, en cambio, el derecho comercial ha tenido ya un largo proceso de elaboración.

De distinto carácter, aunque estrechísima, es la relación que une al derecho civil con el procesal, cuyo objeto es hacer efectivos los derechos reconocidos por aquel. Se comprende así por qué en la solución de los problemas procesales está siempre presente la naturaleza y carácter de los derechos que se pretende hacer valer; por ello, también, algunas materias están legisladas frecuentemente en ambos Códigos, como suele ocurrir con los medios de prueba y con ciertas acciones. Este criterio ha quedado de manifiesto en el nuevo Cód. Civ. y Com. que contiene numerosos artículos que son de carácter procesal, sobre todo en lo que hace a los derechos personalísimos y de familia.

Por esa misión que cumple de servir a manera de telón de fondo a todas las otras ramas del derecho privado, se lo llama también el derecho común, puesto que se ocupa del hombre como tal, es el derecho por excelencia. A esa circunstancia, como también a su autoridad muchas veces secular y a su notable desarrollo alcanzado ya en la época del imperio romano, se debe su prestigio, que a veces trasciende del campo del derecho privado e influye en el público. Es la más formativa de las materias jurídicas: el concepto del derecho se aprende cabalmente con el estudio del derecho civil.

14. La constitucionalización del derecho civil

El Cód. Civil de VÉLEZ SARSFIELD con sus diversas reformas, incorporadas con el correr de los años, tuvo en la vida de nuestro país una gravitación tal que, en muchos casos, llegó a considerarse que la ley fundamental que nos regía a los argentinos era el Cód. Civil; tan era así que, cuando

se produjo la sanción de la ley 17.711 que introdujo los mayores cambios al Código de VÉLEZ, el Dr. Guillermo A. Borda, mentor y gran propulsor de dicha reforma, al presentar las reformas efectuadas a la sociedad, sostuvo que "a riesgo de ser considerado herético, estaba tentado de decir que el Cód. Civil era más importante que la propia CN, porque ella está más alejada de la vida cotidiana del hombre que el Cód. Civil, el cual, en cambio, lo rodea constantemente, es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad". Pero, esta no era una opinión aislada, sino que dicha opinión era compartida por un sector muy importante de la civilística argentina, que consideraba que el Cód. Civil estaba prácticamente en un pie de igualdad con la CN.

Hoy esto ha dejado de ser así, el Cód. Civ. y Com. no solo está subordinado a la Constitución, sino que está imbuido de sus principios.

El referido cambio de paradigma significaría que de alguna manera la clásica pirámide de Kelsen, que establecía tan gráficamente el orden de prelación de las normas, ya no es rígida, puesto que lo que se vislumbra es un derecho más justo. Es decir, el imperio constitucional determinará la validez de las reglas civiles siempre y cuando se ajusten a los derechos y garantías por ella consagrados, así como también penetrará con sus principios en la interpretación y aplicación de la norma civil, tal como lo expresa el art. 2º del nuevo Cód. Civ. y Com., y base para el ejercicio de las pretensiones particulares.

Esta organización jerárquica de leyes que tan hieráticamente hemos respetado desde siempre imponía en su interpretación clásica una tajante división de ellas; este concepto ha variado ostensiblemente, permitiendo la enriquecedora convivencia de normas, tanto civiles como constitucionales, en los respectivos cuerpos legales. Por supuesto, reiteramos, nada ha variado en cuanto a la prelación de las normas constitucionales, pero sí estamos frente a nuevos paradigmas.

15. Los nuevos paradigmas

El nuevo Cód. Civ. y Com., que era un largo y ambicioso proyecto, se construyó tomando como base a la persona humana, es esta, pues, el eje de toda su normativa.

En tal sentido, señala LORENZETTI que la codificación se presenta como igualitaria y no discriminatoria, contemplativa de los derechos individuales y colectivos, multicultural, planteando un nuevo paradigma en materia de bienes y de seguridad jurídica en las transferencias comerciales y enarbolando la constitucionalización del derecho privado, con base en el derecho internacional de los derechos humanos.

La Comisión reformadora, por su parte, al elevar el proyecto del Cód. Civ. y Com. afirmó que "la mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina".

Sostuvieron, también, sus propulsores que "esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado".

Destacaron que estamos frente a un Código de la igualdad, por cuanto los textos vigentes, y que son objeto de la reforma, regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. En cambio, el Anteproyecto busca la igualdad real, para lo cual desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

Se consigna que el Código se basa en un paradigma no discriminatorio, a diferencia de lo que ocurría anteriormente. En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre, paradigma este que se ha cambiado para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. Prueba de esto es que en los textos aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática en nuestra legislación.

Un cambio importante también es que el Código no solo es de los derechos individuales, sino también de los colectivos, a diferencia de la mayoría de los códigos del derecho privado comparado, que solo regulan los derechos individuales. El Código da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la CN, lo que tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es, por otra parte, coherente con el actual derecho brasileño.

En materia de bienes, la mayoría de los Códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etc. La relación exclusiva entre los

bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción más amplia, que es la que ha sido receptada en el nuevo Código.

El Cód. Civ. y Com. innova en cuanto a la división clásica del derecho público y el privado, al interrelacionar en forma por demás expresiva el derecho privado y la CN, Constitución y tratados que son interrelacionados en numerosas oportunidades. Así, podemos ver cómo al tratar el ejercicio de los derechos se hace referencia no solo al abuso del derecho como algo individual, sino que también se lo hace respecto del abuso de posición dominante en el mercado o cuando se habla de derechos individuales y de incidencia colectiva. Y claramente aparece en el Cód. Civ. y Com. lo señalado cuando se hace referencia a los derechos de las comunidades indígenas.

Estas circunstancias de la actualidad de nuestro derecho nos llevan a pensar en la significativa trascendencia que ha importado la constitucionalización del derecho civil, extendido a todas las ramas del derecho privado, lo que pone de manifiesto una nueva concepción del derecho como un todo mancomunado y enriquecido vitalmente por la centralización de la persona humana desde la concepción como fuente y razón del derecho, protegiendo su dignidad en todos las etapas de su vida, sin distinciones, reconociendo su singularidad y exigiendo al ordenamiento jurídico ser la senda que ponga a los sujetos de derecho en un pie de igualdad. El sistema de restricción a la capacidad, en el que se privilegian las medidas menos restrictivas de las libertades, otorgando a la persona todos los medios estatales para su protección sin avasallamiento de sus propias decisiones, respetando su derecho a la defensa y debiendo ser oído por los medios más idóneos para su comprensión, son una muestra de la penetración de los principios constitucionales en materia de capacidad civil.

Este no es el único ejemplo en que luce el brillo del derecho constitucional, pero dentro de los temas abarcados en la parte general es sin duda el más expositivo. En otras áreas de la codificación es donde también se puede ver el afán equitativo de la penetración constitucional (reparación del daño teniendo en primer lugar a la víctima y su necesidad de reparación plena, protección al consumidor en la interpretación y ejecución de los contratos, mejora para el heredero con discapacidad, etc.).

De manera que podemos observar que el nuevo Cód. Civ. y Com. contiene disposiciones que hubiere sido impensada su inclusión dentro de un código de derecho privado, tal como, por ejemplo, el Capítulo 3 del Libro Primero, Título 1, Derechos y Actos Personalísimos, que comienza con la tajante definición de la inviolabilidad de la persona humana. Y, aunque de una manera mucho más limitada, también encontramos dentro del cuerpo constitucional previsiones expresas sobre cuestiones de derecho privado de manera más completa que en el propio texto civil (v.gr., derechos de incidencia colectiva).

Debemos decir que, no obstante el afán equitativo de este Código, han quedado materias pendientes que, en razón del neto corte humanista asumido por el legislador, requieren una mirada más atenta para proteger la vulnerabilidad de quienes sin adolecer algún padecimiento que amerite su restricción a la capacidad merecen una tutela especial, tal es el caso de la ancianidad. Esta franja etaria de evidente fragilidad ha quedado soslayada de plano en toda la codificación, e, incluso, las medidas protectivas contempladas en los anteproyectos han sido eliminadas, como, por ejemplo, la ancianidad como factor de aprovechamiento en el vicio de lesión, o se han visto perjudicados en relación con las previsiones otrora contempladas en el viejo Código de VÉLEZ, como es el caso de la disminución de la porción legítima para los ascendentes. Entendemos que estas cuestiones deberán ser corregidas en un tiempo no muy lejano.

§ 4.— LOS DERECHOS SUBJETIVOS

16. Concepto

Según ya lo hemos dicho, la palabra derecho designa el ordenamiento legal de un país, las normas jurídicas vigentes en él. Pero en su sentido subjetivo tiene un significado diferente, es la facultad de exigir de otro una determinada conducta. Se habla así del derecho a cobrar una deuda, del derecho de propiedad, de responsabilidad parental, del derecho a la vida, al honor, etc.

No obstante que todos estos derechos se reúnen bajo el calificativo común de subjetivos, cabe establecer distintas categorías entre ellos:

a) El derecho subjetivo como facultad de exigir de otra persona el pago de una obligación: por ejemplo, el derecho a demandar el pago de una deuda, la entrega de un legado, etc. Para que estos derechos se hagan efectivos es necesaria una declaración de voluntad de su titular.

b) El derecho subjetivo como facultad de goce de una cosa, en la que debe ser respetado por los demás, por ejemplo, el derecho de propiedad, de usufructo, etc. Se los llama también derechos de dominación o de señorío y se traducen en el poder de incluir o de excluir la influencia ajena sobre una cosa.

c) El derecho subjetivo como poder de formación jurídica; en este sentido se dice que el propietario tiene derecho a vender, a hipotecar, arrendar, donar, la cosa de su propiedad; el derecho a contratar, a comerciar, etc. Se trata de facultades latentes que pueden o no ser ejercidas; con frecuencia, una vez ejercido el derecho se extingue: por ejemplo, el de vender, donar; en otros casos, no: el de alquilar, prestar.

d) Los derechos de la personalidad; como, por ejemplo, el derecho a la vida, al honor, a la libertad, a la integridad física; son irrenunciables e imprescriptibles; la sociedad debe respetarlos, sin necesidad de declaración de voluntad por parte del sujeto.

e) Finalmente, los derechos subjetivos de carácter público, que son los que los hombres tienen en su calidad de ciudadanos: el derecho de voto, el de ser elegidos para los cargos públicos.

17. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos?

a) Según una primera opinión, derecho subjetivo sería un poder atribuido a una voluntad por el ordenamiento jurídico. Se ha objetado que si la esencia de los derechos reside en la voluntad, no se explica que se los reconozca a personas que carecen de ella, como los incapaces en general. Esta objeción no nos parece decisiva; es verdad que, en algunos casos, el titular de los derechos carece de voluntad (incapaces de obrar), pero entonces la ley atribuye el poder a la voluntad del representante legal. Sin embargo, esta concepción resulta insuficiente e insatisfactoria, porque si se agotara el concepto de derecho en el poder atribuido a una voluntad, los derechos podrían ejercerse arbitrariamente, sin otra limitación que el capricho de su titular y sin ninguna sujeción a la moral y la justicia.

b) Según la famosa definición de IHERING, el derecho sería un interés jurídicamente protegido. No en vano este concepto se ha hecho célebre, porque ha echado luz sobre un aspecto fecundísimo de los derechos subjetivos, como es el interés que amparan.

El interés humano protegido es no solo el fundamento, sino la medida de los derechos y de las acciones.

Puestos de relieve los dos elementos esenciales de los derechos subjetivos, podemos ya definirlos como el poder concedido por el ordenamiento jurídico, que sirve para la satisfacción de intereses humanos.

18. Distintas clases de derechos subjetivos

No obstante que todos estos derechos se reúnen bajo el calificativo común de subjetivos, cabe establecer distintas categorías entre ellos:

A) De acuerdo con el modo de ejercerlos podemos clasificarlos en:

a) El derecho subjetivo como facultad de exigir de otra persona el pago de una obligación: por ejemplo, el derecho a demandar el pago de una deuda, la entrega de un legado, etc. Para que estos derechos se hagan efectivos es necesaria una declaración de voluntad de su titular.

b) El derecho subjetivo como facultad de goce de una cosa, en la que debe ser respetado por los demás, por ejemplo, el derecho de propiedad, de usufructo, etc. Se los llama también derechos de dominación o de señorío y se traducen en el poder de incluir o de excluir la influencia ajena sobre una cosa.

c) El derecho subjetivo como poder de formación jurídica: en este sentido, se dice que el propietario tiene derecho a vender, hipotecar, arrendar o donar la cosa de su propiedad; y tiene el derecho a contratar, a comerciar, etc. Se trata de facultades latentes que pueden o no ser ejercidas; con frecuencia, una vez ejercido el derecho se extingue: por ejemplo, el de vender, donar; en otros casos, no: el de alquilar, prestar.

d) Los derechos de la personalidad, como, por ejemplo, el derecho a la vida, al honor, a la libertad, a la integridad física. Son irrenunciables e imprescriptibles; la sociedad debe respetarlos, sin necesidad de declaración de voluntad por parte del sujeto.

e) Finalmente, los derechos subjetivos de carácter público, que son los que los hombres tienen en su calidad de ciudadanos: el derecho de voto, el de ser elegidos para los cargos públicos.

B) Desde el punto de vista de su contenido, podemos clasificarlos en:

a) Potestades. Se trata de complejos de derechos y deberes que se dan sobre todo en materia de derecho de familia. Así, por ejemplo, la responsabilidad parental significa el derecho de criar el hijo, educarlo, inculcarle sus ideas políticas y religiosas, etc.; y al mismo tiempo significa la obligación de mantenerlo, brindarle la debida protección de orden material y espiritual, educarlo, etc.

b) Derechos personalísimos, que son inherentes a la personalidad y de los cuales nos ocuparemos en los nros. 231 y ss.

c) Derechos patrimoniales, que son los que tienen contenido económico y que a su vez se subdividen en reales, personales e intelectuales. De ellos nos ocuparemos en los nros. 530 y ss.

C) Desde el punto de vista de la disponibilidad del bien para su titular, podemos clasificarlos en:

a) Individuales: tienen por objeto un bien individualmente disponible para su titular. Pertenecen a esta categoría la mayoría de los derechos subjetivos.

b) Colectivos: tienen por objeto bienes colectivos, siendo el derecho a la defensa y protección del medio ambiente, el derecho de incidencia colectiva por antonomasia. Se trata de bienes que no pertenecen a la esfera individual, sino social, y no son divisibles en modo alguno.

19. Derecho y acción

Es preciso distinguir derecho y acción. El derecho es una facultad sustancial que la ley reconoce: el derecho de comprar, vender, ser dueño, ejercer la responsabilidad parental, etc. La acción es la vía por la cual los titulares de un derecho pueden hacerlo respetar ante la justicia. En sentido amplio, la acción es también un derecho; pero se trata solo del derecho de recurrir ante la justicia para hacer valer el derecho que realmente interesa, que es el de fondo o sustancial.

20. Derechos y deberes

Como contracara del derecho subjetivo siempre existe un deber, cuyo cumplimiento puede ser exigido a un sujeto o sujetos en particular o su cumplimento puede ser exigido de manera general, es decir, *erga omnes*. Aquí es donde nos encontramos con diversas figuras contrapuestas al derecho subjetivo.

21. El deber jurídico

Como señalábamos, frente a los derechos subjetivos existe siempre a cargo de la contraparte, un deber jurídico.

Algunas veces, aquel está a cargo de persona o personas determinadas, como el pagar una deuda, cumplir una prestación de servicio. Solo ellas están obligadas. En otras oportunidades, en cambio, ese deber está a cargo de todas las restantes personas que componen la comunidad, por ejemplo, el de respetar la propiedad, la vida, el honor, etc.

Se comprende así, entonces, que derecho y deber jurídico son conceptos correlativos e inseparables, algo así como el anverso y el reverso de una misma medalla. El uno no se puede concebir sin el otro.

De algunos poderes se dice que son a la vez derechos y deberes; tal ocurre con el voto, con la responsabilidad parental, etc. No se trata, sin embargo, de que un mismo derecho y su correlativo deber se confundan en una persona, pues entonces no habría un sujeto pretensor frente al obligado, sino de instituciones jurídicas complejas, que incluyen derechos y deberes; pero los primeros suponen siempre la posibilidad de hacerlos valer frente a alguien, que es el obligado; y los segundos implican la obligación de cumplir frente a alguien, que es el acreedor. La responsabilidad parental incluye el derecho de brindarles una formación integral a los hijos, cuidarlos, etc., frente a los cuales estos tienen la obligación de respetar y cumplir con las decisiones de sus progenitores;

pero lleva también implícito el deber de alimentarlos y sostenerlos material y moralmente, y los hijos pueden exigir su cumplimiento.

22. Deberes, obligaciones, cargas

En el número anterior hemos utilizado las palabras deberes jurídicos en su acepción amplia o lata. Suele distinguirse, sin embargo, entre obligaciones y deberes en sentido estricto. Las primeras son aquellas conductas exigibles de una persona sea por disposición de la ley o por la voluntad de las partes; en ellas hay un acreedor determinado. Suele reservarse la expresión deberes jurídicos a ciertas obligaciones que no tienen sujeto determinado como, por ejemplo, el deber genérico de obrar con prudencia y diligencia para no causar daños a terceros. Por último, existen los llamados deberes de conciencia, que escapan al campo jurídico y son normas de moral. Cabalgando entre las obligaciones propiamente dichas y los deberes de conciencia, están las llamadas obligaciones naturales, que no brindan acción al acreedor para exigir su cumplimiento (por lo que el cumplimiento depende así del libre arbitrio del deudor); pero, sin embargo, una vez cumplidas, el deudor no puede repetir su pago, so color de que no estaba obligado a cumplir.

Cabe, por último, distinguir las llamadas cargas, que son obligaciones accesorias impuestas al titular de un derecho o situación jurídica. Así, por ejemplo, la donación de un bien inmueble con reserva de usufructo.

23. Obligación y responsabilidad

Es necesario, finalmente, distinguir entre obligación y responsabilidad. La obligación es el puro débito, es decir, la obligación de dar, hacer o no hacer. La responsabilidad, en cambio, es el sometimiento del deudor al poder coactivo del acreedor, para que este pueda procurarse ya sea el verdadero cumplimiento, ya sea la indemnización de daños. La responsabilidad se hace efectiva después que el deudor ha incurrido en incumplimiento de su deuda.

Lo esencial de la relación obligatoria es el deber asumido por el deudor; la responsabilidad es solo el elemento accesorio y coactivo, que es uno de los motivos (pero no el único, ya que los deudores honestos hacen del fiel cumplimiento una cuestión de honor) que inducen al deudor a cumplir.

Aunque lo normal es que la responsabilidad acompañe siempre a la deuda (como la sombra al cuerpo, dice LARENZ), hay deudas sin responsabilidad, como ocurre con las obligaciones naturales a que aludimos en el número anterior; y hay también deudas con responsabilidad limitada, como ocurre con el heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario y que solo responde por las obligaciones del causante hasta el monto de los bienes dejados por él.

Algunos autores hablan también de supuestos de responsabilidad sin deuda; tal sería el caso del fiador, que no debe nada personalmente (ya que la deuda es del afianzado), pero que puede, sin embargo, ser ejecutado si el deudor principal no paga. Pero es un error decir que no hay deuda del fiador. Él se compromete a pagar si no paga el deudor principal; por lo tanto, debe. Es una deuda condicional, pero no por eso menos existente. En nuestra opinión, por consiguiente, no hay supuestos de responsabilidad sin deuda.

Hasta aquí nos hemos referido a la responsabilidad civil que puede consistir en imponer compulsivamente al deudor sea el cumplimiento, sean los daños y perjuicios, sea, en fin, una pena civil destinada a obligarlo a cumplir (astreintes).

Pero el incumplimiento puede determinar también una responsabilidad penal. Hoy se ha suprimido en la legislación universal la prisión por deudas; pero cuando el incumplimiento está rodeado de una conducta dolosa o fraudulenta, puede derivar en una de las figuras delictivas de la defraudación o la estafa. Y el incumplimiento del deber de obrar con prudencia puede determinar una condena culposa por delito de homicidio, lesiones o daños; tal puede ser, por ejemplo, la consecuencia de un accidente de tránsito, causado por la conducta culpable del conductor de un vehículo.

24. Negación de los derechos subjetivos

La noción clásica de los derechos subjetivos ha sido objeto de vivos ataques desde dos campos distintos:

a) Se la ha negado, ante todo, con un sentido político y social: se quiere afirmar que el hombre y sus derechos nada cuentan frente a la sociedad. DUGUIT, que ha suministrado los mejores argumentos de esta teoría, sostiene que lo fundamental en el ordenamiento jurídico es la regla objetiva; los hombres no tienen sino que ubicarse dentro de ese ordenamiento objetivo y llenar los deberes que él les impone. No hay derechos subjetivos; solo hay deberes que cumplir; cuanto más, podrá hablarse de situaciones jurídicas subjetivas que permiten reclamar de otra persona el cumplimiento de las obligaciones que prescribe la regla social; de todas maneras, este poder de querer deriva siempre de la regla objetiva; existe en tanto sea conforme a esta y, por consiguiente, se trata de un poder objetivo, no subjetivo. El individuo no es un fin, sino un medio, una rueda de la vasta máquina que constituye el cuerpo social, de modo que cada uno de nosotros no tiene razón de ser en el mundo más que por la labor que realiza en la obra social. El hombre se convierte así en un funcionario al servicio del Estado y de la sociedad. Esta concepción recibió aplicación práctica, en el siglo pasado y aún en nuestros días, en los países con regímenes totalitarios o comunistas.

b) Apartada de toda especulación política y en un plano estrictamente lógico, la teoría pura del derecho ha llegado a conclusiones semejantes. El concepto clásico de derechos subjetivos, opuestos y quizás anteriores al derecho objetivo es, según KELSEN, una noción falsa, de origen iusnaturalista. Derecho es el conjunto de las reglas jurídicas: no hay fuera o frente a este otro concepto de derecho válido. Ahora bien: el orden jurídico impone deberes; el deber jurídico no es sino la norma de derecho individualizada, referida a la conducta concreta de un individuo determinado.

Mientras que en la doctrina clásica el deber jurídico no es sino el reverso del derecho subjetivo, que ocupa el primer plano, por el contrario, según la teoría pura del derecho, lo que en realidad está ubicado en un primer plano es el deber jurídico, pues el contenido de la norma es precisamente ese, el imponer deberes. Recién cuando se da una conducta o una situación de hecho antijurídica, el derecho suele conceder a los interesados una facultad en virtud de la cual el Estado le presta su fuerza para restablecer el imperio de la norma. Reducido a estas proporciones, resulta ya claro que el derecho subjetivo no es distinto del objetivo, sino que es el derecho objetivo mismo, en tanto se pone a disposición de un sujeto concreto para hacer cesar una conducta o situación de hecho antijurídica.

Este concepto de los derechos subjetivos es coherente con toda la concepción positivista del derecho de KELSEN. Según ya lo hemos dicho, para este autor la noción de derecho se agota en el positivo. Resulta posible, así, no ver en los derechos del hombre nada más que un reflejo de la ley. Nosotros nos negamos enérgicamente a aceptar tal punto de vista. ¿O se quiere acaso sostener que el hombre viene al mundo completamente sin derechos y que su derecho a existir, al honor, al buen nombre, lo recibe por primera vez por gracia del Estado?

Concebimos al hombre como criatura de Dios; como tal, tiene derechos que ningún legislador puede desconocer.

La negación de los derechos subjetivos conduce siempre, aunque el asunto se plantee en el plano de la pura especulación lógica, a empequeñecer y destruir la personalidad humana frente al Estado; consecuencia esta particularmente peligrosa en el Estado moderno, en cuyas manos la técnica y la economía han concentrado enormes poderes ante los cuales se reducen cada día más la dimensión y la fuerza del hombre. La cuestión envuelve, pues, una lucha por la libertad y la dignidad humanas.

25. Derechos transmisibles y derechos inherentes a la persona

Dentro del complejo de derechos que tiene una persona, hay algunos que tienen la característica de ser transmisibles (ya sea por actos entre vivos

o de última voluntad) y otros que no lo son. Los derechos patrimoniales son generalmente transmisibles: pueden enajenarse, venderse, donarse, etc. Por excepción, algunos de ellos deben considerarse inherentes a la persona: así, por ejemplo, el derecho a recibir alimentos es intransmisible.

Por el contrario, las potestades familiares y los derechos personalísimos son intransmisibles; no se puede negociar con ellos ni cederse a título oneroso o gratuito.

26. Derechos de incidencia colectiva

El Cód. Civ. y Com. manifiesta en su art. 14 que "en este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva (...)" y a continuación ratifica en la misma línea del art. 10, que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general".

Es decir, el Código solo se limita a hacer una mera enunciación, sin efectuar un desarrollo y conceptualización de esta clase de derechos de reciente incorporación en nuestro ordenamiento positivo.

La CN, reformada en el año 1994 al incorporar la categoría de los derechos subjetivos y de incidencia colectiva en su art. 43, perfiló ciertas características de ellos y, por cierto, ha sido más explícita que el Cód. Civ. y Com. al señalar que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción —amparo— contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

De lo expresado por nuestra Constitución puede colegiarse que esta desarrolla en forma más explícita y más delimitada el contenido de los derechos de incidencia colectiva que el Cód. Civil, lo que no obstante no resulta suficiente. Como tantas otras normas, esta requiere ser interpretada y, entendiendo que "la ley es lo que los jueces dicen que es", corresponde a aquellos completar los textos normativos con su interpretación, ya que son los únicos legitimados para esta tarea.

Ha sido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su pronunciamiento en el caso "Halabi", de fecha 24 de febrero de 2009, la que ha efectuado una correcta delimitación de los derechos de incidencia colectiva, como de los llamados derechos individuales homogéneos, o acciones de clase, categoría omitida en el citado art. 14 del Cód. Civ. y Com.

En efecto en el caso "Halabi" el Máximo Tribunal de la Nación se ha pronunciado en el sentido de que conforme el art. 43 de nuestra Carta Magna existen tres categorías de derechos subjetivos: a) los derechos subjetivos individuales; b) los derechos de incidencia colectiva y c) los derechos individuales homogéneos.

a) Los derechos individuales han sido caracterizados por la Corte Suprema como aquellos respecto de los cuales su titularidad recae sobre un bien individualmente disponible para su titular. La circunstancia de que nos encontremos con una pluralidad de sujetos activos o pasivos no altera su naturaleza.

La acción destinada a proteger estos derechos se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un bien individual y propio de cada uno de los afectados.

b) Se delimitan los derechos de incidencia colectiva a aquellos que tienen por objeto bienes colectivos, siendo el derecho de defensa y protección del medio ambiente el derecho de incidencia colectiva por antonomasia. Se trata de bienes que no pertenecen a la esfera individual, sino social, y no son divisibles en modo alguno. Si bien la lesión a estos derechos puede acarrear una repercusión en el patrimonio individual, como en el caso del daño ambiental, la reclamación de naturaleza patrimonial es individual y corresponde a su titular; pero de manera concurrente con la acción colectiva, por cuanto esta última no acarrea beneficio económico alguno para los legitimados. Por ejemplo, en el caso de la contaminación de un río, la acción en defensa del medio ambiente para que cese el daño es de naturaleza colectiva; pero el perjuicio económico que dicha contaminación pudo haber causado al particular es de naturaleza individual y deberá reclamarse individualmente.

Los legitimados en relación con los derechos de incidencia colectiva son el Defensor del Pueblo, las asociaciones y los afectados, pero para reclamar el daño patrimonial corresponden las acciones individuales en cabeza de cada uno de los afectados.

c) En cuanto a los llamados derechos individuales de carácter homogéneo, también llamados "acciones de clase", si bien no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sin embargo, hay un hecho único o continuado que provoca la lesión a todos ellos. El factor generador del perjuicio es único para todos, por lo

cual la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, diferenciándose individualmente el daño que cada uno ha padecido. En razón de ello, la Corte sostuvo que hay una homogeneidad fáctica y normativa que hace razonable la realización de un solo juicio, exceptuando la prueba del daño padecido por cada perjudicado.

Al carecer de un marco regulatorio aplicable a estas acciones, la Corte subsana la laguna de derecho existente en torno a ellas estableciendo tres elementos característicos de estas:

A) La existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

B) Que la pretensión esté concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, de manera de que la controversia verse sobre los elementos homogéneos de esta, y no en el daño particularizado respecto de cada uno de los sujetos afectados.

C) Que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el derecho de acceso a la justicia. La exigencia de este último elemento puede ceder haciendo procedente de todas maneras la acción si la cuestión versara sobre derechos cuya naturaleza excediera el interés de las partes, como, por ejemplo, en materia de consumo, medio ambiente o salud.

Respecto de estas acciones, al igual que en materia de derechos de incidencia colectiva propiamente dichos, el alcance de la sentencia es general, es decir, que tiene efectos *erga omnes*. A tales fines, y a fin de evitar que alguien pudiera ser afectado por la sentencia sin haber tenido participación en la contienda judicial, la admisión de estas acciones de clase debe estar sujeta a ciertos recaudos, como son: 1) la previa identificación del grupo o colectivo afectado; la idoneidad de quien pretenda asumir la representación y la existencia de un plateo uniforme tanto en cuestiones de hecho como de derecho; 2) la adopción de un sistema que permita la notificación adecuada de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio; y 3) que se implementen adecuadas medidas de publicidad a fin de evitar multiplicidad o superposición de idénticos procesos colectivos.

Finalmente podemos decir que, desde el punto de vista de la disponibilidad individual del bien protegido, podemos clasificar a los derechos subjetivos en:

a) Individuales. Tales son, por ejemplo, el derecho al honor, el derecho de propiedad sobre un bien particular, el derecho al nombre.

b) De incidencia colectiva, que a su vez se dividen en derechos de incidencia colectiva propiamente dichos (p. ej.: protección del

medioambiente) y en derechos individuales homogéneos o también denominados acciones de clase (p. ej.: derecho de los consumidores).

C.— Teoría del abuso del derecho

27. Concepto

Sentada la necesidad de afirmar enérgicamente la existencia de los derechos subjetivos, es necesario cuidarse de los excesos en que se suele incurrir en el ejercicio de ellos. Porque si bien la ley los reconoce con un fin útil y justo, suele ocurrir que las circunstancias los tornan injustos en algunas de sus consecuencias, no previstas por el legislador. Y si es legítimo usar de los derechos que la ley concede, no lo es abusar de ellos.

La doctrina del abuso del derecho se ha abierto camino en el pensamiento contemporáneo, no sin vencer serias resistencias. Los juristas liberales han mirado con indisimulada desconfianza esta institución. Para ellos, las libertades humanas fincan en el respeto incondicional de los textos legales. Solo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre: mientras las personas están dentro de aquellos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros. De lo contrario no habría derecho: todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad y la seguridad quedarían perdidas, el espíritu de iniciativa ahogado. Es necesario que los hombres tengan algo de seguro como base para desenvolver sus actividades; que sepan, de una manera clara y definida, qué es lo que pueden y lo que no pueden hacer. Y la única forma de fijar de un modo cierto ese campo de acción es la ley. Esta es una defensa, algo así como una barrera, dentro de la cual el individuo puede desenvolver sus actividades sin recatos y sin temores. Si de ello resulta un perjuicio para terceros, tanto peor para ellos: *dura lex, sed lex.* Estos perjuicios ocasionales deben reputarse un sacrificio en aras del bien social que resulta de la afirmación absoluta de los derechos individuales. Inclusive se ha sostenido con la altísima autoridad de Planiol, que la expresión abuso del derecho, implica una logomaquia: de un derecho se puede usar, pero no abusar: el derecho cesa donde el abuso comienza, porque abuso e ilicitud deben considerarse sinónimos; en realidad, la expresión abuso del derecho no hace sino cubrir la condenación de actos cometidos más allá de los límites de un derecho.

No obstante la fuerza lógica de estos argumentos, la teoría del abuso del derecho se ha abierto paso con pie firme. Podrá discutirse el acierto lógico y gramatical de la expresión abuso del derecho (que a pesar de los defectos puestos de relieve por Planiol, tiene fuerza expresiva y ha sido incorporada definitivamente al léxico jurídico), pero lo que no cabe discutir ya, es que no se puede permitir el ejercicio de los derechos más allá de

los límites de la buena fe. Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El derecho no puede amparar ese proceder inmoral.

No creemos justificados los temores de quienes piensan que esta facultad en manos de los jueces pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y una manera de negar a los hombres los derechos que las leyes les reconocen. Aquellos, por su formación en el culto del derecho, son naturalmente respetuosos de la ley; su sistema de designación y su carácter vitalicio, que los aleja de la política, los aparta también de la tentación demagógica que más de una vez impulsa al legislador a dictar leyes lesivas de los derechos individuales para halagar a su clientela política. Además, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y por la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrados y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución. Es muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado de ese poder; es preciso dejar sentado que la experiencia práctica ha demostrado la inconsistencia de los temores manifestados por los adversarios de esta teoría, que hoy se baten en franca retirada.

28. Cuándo debe reputarse que un derecho ha sido ejercido abusivamente

La aplicación de la teoría del abuso del derecho supone el ejercicio de un derecho dentro de los límites fijados por la ley que lo otorgó; porque si la ley hubiera fijado los límites y se hubieran excedido estos, no habría abuso del derecho, simplemente porque no hay tampoco derecho. Si, por ejemplo, la ley estableciera un límite del 10% al interés en el mutuo y un usurero pretendiera cobrar el 30%, los tribunales no lo protegerían, porque no tiene derecho; la hipótesis del abuso del derecho se plantea si, como ocurre en nuestra legislación, no existe límite legal alguno a los intereses: en este caso los jueces niegan su amparo a quienes pretenden cobrar intereses excesivos, porque consideran que existe abuso del derecho.

Cabe preguntarse, por consiguiente, cuál es el criterio que ha de permitir a los jueces resolver que un derecho ha sido ejercido abusivamente, y cómo debe fijarse el límite entre lo que es lícito y lo que es abusivo, puesto que la ley no lo establece.

a) De acuerdo con un primer criterio, habría abuso del derecho cuando ha sido ejercido sin interés alguno y con el solo propósito de perjudicar a

terceros. Este fue el punto de partida desde el cual la teoría se abrió paso, tímidamente, en la jurisprudencia francesa.

Se resolvió así que era ilegítimo el acto realizado por un propietario que, para perjudicar al vecino, perforó un pozo para cortar una corriente subterránea y la echó con bombas a un arroyo cercano, impidiéndole pasar al terreno lindero.

Bien pronto se vio claro que este criterio resultaba insuficiente. Los actos realizados sin interés alguno son muy excepcionales; aun en los más repudiables, hay generalmente un interés que está guiando al autor, pero no por ello el acto es más lícito. El usurero no practica su usura para perjudicar a la víctima, sino para beneficiarse él; y, sin embargo, es indiscutible que existe abuso del derecho.

b) De acuerdo con un criterio más comprensivo y de técnica jurídica más depurada, habría abuso del derecho cuando este se ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se lo otorgó. Así, por ejemplo, el derecho de huelga se ha reconocido con el propósito de dar a los trabajadores un medio de lucha por su bienestar; será, por lo tanto, legítima la huelga que se declare con el objeto de conseguir un aumento de sueldos, un mejoramiento de las condiciones de trabajo, etc., pero si se declara con fines políticos, para desorganizar la producción o la economía del país, el derecho habrá sido ejercido abusivamente. Este enfoque, llamado finalista o funcional, es sostenido por prestigiosos tratadistas y ha sido incorporado a la legislación positiva de varios países.

c) Finalmente, habría abuso del derecho cuando se ha ejercido en contra de la moral y la buena fe. Sin negar la utilidad práctica del criterio finalista para orientar en numerosos casos la decisión justa de la cuestión, creemos que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de este problema. Porque si la teoría del abuso del derecho se ha abierto camino, es por una razón de orden moral. Todos los argumentos de prestigiosos maestros del derecho en contra de su admisión se han estrellado contra ese sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano y que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral o dañino, en nombre del derecho. Si pues la moral ha sido el fundamento de esta institución, es evidente que ella debe dar la norma rectora que permita distinguir el uso del abuso en el ejercicio de un derecho.

Tal fue el indudable acierto de la reforma introducida por la ley 17.711 al art. 1071 que el nuevo Cód. Civ. y Com. ratificó íntegramente el concepto y tuvo en cuenta los dos últimos criterios para apreciar si existe ejercicio abusivo del derecho.

29. La cuestión en nuestro derecho

La recepción de la teoría del abuso del derecho había tenido en el Código de VÉLEZ un obstáculo serio en el art. 1071, al establecer que "el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto".

No obstante los términos categóricos en que esta norma estaba concebida y que implicaba un repudio de la teoría del abuso del derecho, esta se fue abriendo paso en la jurisprudencia, bien que con suma lentitud y timidez. A pesar de dicho texto, no faltaba base legal para ello. Por lo pronto, el art. 953 establecía que los contratos no podían tener un objeto que sea contrario a las buenas costumbres. Había, además, en el Cód. Civil derogado, diversas normas que indicaban que VÉLEZ no aceptaba siempre el carácter absoluto de los derechos y que intuyó que el ejercicio de ellos debía estar limitado por razones de conveniencia social y de moral.

La reforma constitucional de 1949 consagró de modo expreso el principio del abuso del derecho y los jueces comenzaron a hacer una aplicación fecunda de él. La derogación de esa reforma no alteró mayormente ese rumbo. Por lo pronto, la Corte Suprema declaró que la teoría del abuso del derecho tiene vigencia en nuestro derecho positivo con prescindencia del precepto constitucional que lo consagraba (fallo del 18 de abril de 1956). Y los tribunales siguieron aplicando el concepto de que los derechos no pueden ejercerse abusivamente. Así, por ejemplo, se declaró que incurre en abuso del derecho el acreedor que elige inútilmente la vía más gravosa para el ejecutado; el marido que, luego de treinta años de separación, intima a su esposa a que se reintegre al hogar para liberarse de la prestación de alimentos, si aquella, como era de esperar, se niega a reintegrarse; si se pretende reivindicar una franja de pocos centímetros sobre los cuales el vecino había edificado; si la esposa inocente en el divorcio, que convivió con su marido solo 20 o 30 días y estuvo luego separada de él 33 años, a la muerte de este pretende la mitad de todos los bienes ganados por el marido en este lapso.

Esta jurisprudencia recibió plena consagración en la ley 17.711 que modificó la redacción del art. 1071 de la siguiente manera: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres". Hoy el nuevo art. 10 ratifica el criterio y lo extiende a todo acto contrario a los fines del ordenamiento jurídico. Este concepto se ve corroborado en el art. 11 con la sanción al ejercicio abusivo de posición dominante.

Tanto de la ley 17.711 como del Cód. Civ. y Com. surge claramente que no siempre el ejercicio de un derecho está protegido por la ley, debe tratarse de un ejercicio regular, es decir, justo, legítimo, normal. La idea queda explicitada claramente en el segundo párrafo del art. 10, en el que se sientan las pautas con base en las cuales debe apreciarse si un derecho ha sido ejercido de modo abusivo. Se considera que hay abuso cuando contraríe los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

En tal sentido se ha afirmado que, a diferencia de lo que ocurría con el art. 1071 del Cód. Civil, la nueva norma no hace referencia a los fines tenidos en cuenta al reconocerse el derecho, sino a los fines del ordenamiento, posibilitándose así una interpretación evolutiva, no cristalizada respecto del tiempo de la generación del enunciado normativo, legal o convencional; una mirada que comprende también los fines sociales del ordenamiento y la función ambiental de los derechos subjetivos y que guarda coherencia con los criterios de interpretación establecidos en el art. 2º Cód. Civ. y Com. (PICAZO, CARAMELO y HERRERA).

En su resolución, el magistrado debe tener en cuenta si existe: 1) intención de dañar; 2) ausencia de interés; 3) si se ha elegido, entre varias maneras de ejercer el derecho, aquella que es dañosa para otros; 4) si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo; 5) si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres; 6) si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca.

30. Derechos que pueden ejercerse discrecionalmente

Hay, empero, algunos derechos que pueden ejercerse arbitrariamente, sin que el sujeto deba rendir cuentas de su conducta o de los móviles justos o injustos que lo han guiado. Se trata de un pequeño número de derechos que escapan al concepto de abuso; como ejemplos, en los que hay acuerdo prácticamente general, podemos citar el de pedir la división de un condominio o la partición de una herencia, el de disponer por testamento de la porción que no corresponde a los herederos forzosos, el de desheredar a quien ha incurrido en alguna de las causas legales, etc. Se los ha llamado derechos incausados, abstractos, absolutos, soberanos, discrecionales.

¿Cómo se justifica que tales derechos, por excepcionales que sean, escapen al principio de que nadie puede ejercer abusivamente una facultad legal? Lo que ocurre es que en ocasiones, y por motivos que varían según los casos, los jueces sienten la necesidad de acordar a ciertos derechos algo así como un privilegio de inmunidad, que permita su ejercicio con razón o sin ella; pues puede ocurrir que haya un interés superior, socialmente hablando, en asegurar la aplicación automática del derecho, sin entrar a juzgar los móviles que inspiran a los hombres.

31. Sanción del ejercicio abusivo

El abuso del derecho debe ser tratado como el acto ilícito; en consecuencia, no se acordará la protección judicial a quien pretenda abusar de su derecho y si el abuso se hubiera ya producido, su autor es responsable por los daños y perjuicios ocasionados y debe ser intimado a cesar en él.

El juez deberá hacer lo necesario para evitar las consecuencias del acto o de la situación jurídica abusiva y dentro de lo posible tratar de volver las cosas al estado anterior del hecho y fijar una indemnización por el daño infligido.

32. Abuso de posición dominante

El art. 11 del Cód. Civ. y Com. establece que es de aplicación al abuso de una posición dominante en el mercado, lo que establecen los arts. 9 y 10, sin perjuicio de lo que establezcan leyes especiales. De esta forma, finalmente tuvo consagración en el Código lo que prevén otras disposiciones, como, por ejemplo, la Ley de Defensa de la Competencia. Ya en anteriores proyectos legislativos había sido considerada esta cuestión, aunque nunca había llegado a cristalizarse.

Podemos decir que se puede entender como posición dominante en el mercado aquella que posibilita que un determinado prestador o conjunto de prestadores se abuse de su posición de fortaleza en la relación establecida con un sujeto que se encuentra en situación de debilidad jurídica, social o económica. Es claro que ello puede darse cuando existe una situación de monopolio u oligopolio en la provisión de un determinado bien o servicio; pero también cuando la naturaleza de las relaciones y circunstancias en las que se proporcionan las prestaciones generan un fenómeno de cautividad o de vulnerabilidad en quien las recibe. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que la verificación de una situación de subordinación o de posición dominante no permite por sí sola caracterizar la conducta de una de las partes como abusiva, es necesario estudiar la relación y la conducta de las partes dentro del contexto del contrato, y sí exponer razones de hecho y de derecho suficientes. Quien invoca un ejercicio abusivo debe siempre proporcionar los fundamentos de tal imputación.

La conducta mercantil abusiva es lo que se quiere evitar con la sanción del art. 11, puesto que, como se desprende del fallo "YPF s/ley 22.262" de la Corte Suprema de Justicia, en el que al analizar el art. 1º de la ley 22.262, afirma que lo prohibido en el abuso de posición dominante es una particular forma de actividad comercial, una práctica abusiva que puede prolongarse en el tiempo y materializarse en numerosos actos individuales, sin que por ello pierda unidad.

No es necesario que la víctima del ejercicio abusivo de un derecho pruebe la existencia de dolo por parte de quien desarrolla una conducta que la afecta; solo deberá probar la inequidad de la conducta de esta en el mercado. Las disposiciones serán de aplicación tanto en caso de verificarse un supuesto de abuso de derechos subjetivos como en el caso de situaciones jurídicas abusivas. Los jueces, en estos casos, podrán adoptar diversas medidas, en el marco de las tutelas preventivas o resarcitorias.

Es de señalar que el abuso del derecho como el abuso de posición dominante están estrechamente ligados y conforme lo expresan los propulsores de la reforma, de lo que se trata es que los derechos subjetivos tengan límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos.

CAPÍTULO II - FUENTES DEL DERECHO CIVIL

1. Nociones generales

La expresión *fuentes del derecho* suele usarse en tres sentidos distintos. Desde un primer punto de vista, que podemos llamar filosófico, significa la esencia suprema de la idea del derecho; en este sentido, el preámbulo de nuestra Constitución invoca "la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia". Desde otro, que puede calificarse de histórico, *fuentes del derecho* alude a los antecedentes patrios o extranjeros que han podido servir de base a un determinado orden jurídico: es así como se afirma que las fuentes de nuestro Cód. Civil han sido el derecho romano, la legislación española, el Código Napoleón, etc. Finalmente, la expresión fuentes del derecho se aplica a las normas o preceptos del derecho positivo, del cual nacen derechos y obligaciones para las personas.

Es este el significado al cual hemos de referirnos en el presente capítulo.

2. Enunciación de las fuentes

Las fuentes clásicas son la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina; actualmente se reconoce también el valor de tales a los convenios colectivos de trabajo, los principios generales del derecho, la equidad, el derecho natural.

3. Clasificación de GÉNY

En su obra *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo,* GÉNY clasifica las fuentes de la siguiente manera:

a) Fuentes formales. Son la ley, la costumbre y lo que él llama tradición o autoridad, que son la jurisprudencia y la doctrina.

b) Fuentes no formales. Cuando las fuentes formales no le dan al juez la solución del caso, debe acudir a las no formales. A manera de ejemplo, y sin pretender limitar la actividad del juez, señala que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por las leyes análogas, los principios de la moral cristiana, los principios en que se basa el derecho público y la organización social del pueblo. Pero no es esta una enumeración completa de las fuentes no formales, que según GÉNY no podría formularse sin introducir limitaciones inaceptables a la labor del juez; este debe sacar la norma aplicable al caso de un estudio profundo de la realidad social y de la naturaleza positiva de las cosas, mediante el método de la libre investigación científica.

§ 1.— LA LEY

4. Concepto material y formal de la ley

La ley es la fuente primera y fundamental del derecho; su preponderancia sobre todas las demás es especialmente notable en el derecho civil. Hemos de ver en su momento que ninguna de las otras fuentes tiene autonomía con respecto a la ley, sino que están ligadas a esta por un vínculo de dependencia y subordinación.

Desde un punto de vista material o sustancial, ley es toda regla social obligatoria, emanada de autoridad competente. Por consiguiente, no solo son leyes las que dicta el Poder Legislativo, sino también la Constitución, los decretos, las ordenanzas municipales.

Desde un punto de vista formal, se llama ley a toda disposición sancionada por el Poder Legislativo, de acuerdo con el mecanismo constitucional. En este sentido, no solo son leyes las normas de carácter general, obligatorias para todos los habitantes, sino también ciertos actos de autoridad que carecen del requisito de la generalidad y que veces se traducen en un privilegio en favor de determinada persona, como, por ejemplo, una ley que otorga una pensión o la que da la concesión de un servicio público. Pertenecen también a esta categoría las llamadas *leges imperfectae*, de las que nos ocuparemos más adelante.

5. Caracteres

Los caracteres de la ley son los siguientes:

a) La generalidad. Se trata de una norma dictada con carácter general y no con relación a cierta persona en particular. Por eso, no son leyes en sentido material (sino solamente en el formal) las que conceden una pensión a determinada persona.

b) La obligatoriedad. Es de la esencia de la ley; para asegurar su cumplimiento y real vigencia contiene siempre una sanción para el que la viole, sanción que en el orden civil puede ser la nulidad del acto contrario a la ley, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a terceros, etc.

c) Debe emanar de autoridad competente. Así, por ejemplo, no son obligatorias ni tienen por ende el carácter de norma jurídica el decreto del Poder Ejecutivo relativo a materias que son privativas del Congreso (salvo los decretos llamados de necesidad y urgencia, que suelen invadir válidamente atribuciones reservadas al Poder Legislativo); ni las ordenanzas municipales que se refieren a cuestiones reservadas al Poder Ejecutivo nacional o provincial.

A.— Clasificación de las leyes

6. a) Por su estructura y la técnica de su aplicación

Las leyes pueden ser rígidas o flexibles.

Las primeras son aquellas cuya disposición es precisa y concreta; al aplicarlas, el juez no hace sino comprobar la existencia de los presupuestos o condiciones legales e impone la única consecuencia posible, claramente fijada en la ley. Si, por ejemplo, faltara la firma de los testigos, la escritura pública es nula; la mayor edad se cumple a los 18 años; el máximo de tiempo del embarazo se presume que es de 300 días y el mínimo de 180; etc.

Las segundas, por el contrario, son elásticas, se limitan a enunciar un concepto general, fluido; el juez, al aplicar la ley, tiene un cierto campo de acción, dentro del cual se puede mover libremente. Así, por ejemplo, el art. 279 del Cód. Civ. y Com. establece que los actos jurídicos no pueden tener un objeto contrario a las buenas costumbres. Es este un concepto flexible, que depende no solamente de la sociedad, la época, la religión imperante, sino también de la propia conciencia individual del juez. Tiene características semejantes el concepto de "buen padre de familia", tan fecundo para medir y juzgar las obligaciones y deberes que surgen de la relación familiar y que ya fue utilizado en el derecho romano. Del mismo modo, nuestro Código habla de injustas amenazas, del deber de obrar con prudencia, de malos tratamientos, de equidad, del caso fortuito o fuerza mayor, del espíritu de la legislación, de principios generales del derecho, etc.

Estas fórmulas elásticas, flexibles, tienden a difundirse cada vez más en la técnica legislativa moderna, que prefiere no aprisionar al juez con normas rígidas, que un cambio de circunstancias puede convertir en injustas o inaplicables.

7. *Standards* jurídicos

Estas fórmulas flexibles han tenido especial difusión en el derecho anglosajón. Los autores de lengua inglesa les han llamado *standards* jurídicos, que pueden definirse como la medida media de conducta social correcta. BIELSA encuentra en ellos los siguientes elementos: 1º) una valoración moral media de la conducta humana, que debe ser leal al pacto o a la norma y, además, consciente, razonable, prudente y diligente; 2º) el predominio del sentido común y de la intuición de las cosas y un juicio basado en la propia experiencia, más que en los conocimientos jurídicos precisos y estrictamente aplicables; 3º) flexibilidad de contenido y aplicación de la ley, atendiendo a la época, lugar y circunstancias especiales.

8. b) Por la naturaleza de la sanción

Según una clasificación, cara a los antiguos jurisconsultos, las leyes pueden ser, en orden a la sanción que contienen, *perfectae, plus quam perfectae, minus quam perfectae* e *imperfectae.*

1º) Leyes *perfectae* son aquellas en que la sanción es la nulidad del acto; por ejemplo, son nulos los actos jurídicos otorgados por una persona incapaz o con capacidad restringida (art. 44, Cód. Civ. y Com.).

2º) Leyes *plus quam perfectae* son aquellas en que la sanción consiste no solo en la nulidad del acto, sino también en una pena civil adicional; por ejemplo, la falta de testigos en una escritura pública causa su nulidad y da lugar a graves sanciones contra el escribano; las nulidades de los actos jurídicos, basados en culpa o mala fe de una de las partes, acarrean, además, la indemnización de los daños y perjuicios.

3º) Leyes *minus quam perfectae* son aquellas en que la sanción no consiste en la nulidad del acto, sino en una pena que podemos llamar menos importante; por ejemplo, el que ha incurrido en dolo incidente debe pagar los daños ocasionados, pero el acto mantiene su validez (art. 273, Cód. Civ. y Com.).

4º) Leyes *imperfectae* son las que carecen de sanción; asumen la forma de consejo o indicación general, pero su violación no trae aparejada ninguna consecuencia legal. Estrictamente, estas leyes solo lo son desde el punto de vista formal, puesto que han sido sancionadas por el legislador, pero no lo son desde el punto de vista material o de fondo, ya que uno de los elementos esenciales de la norma jurídica es precisamente la sanción.

9. c) Por su validez en relación con la voluntad de las personas

Las leyes pueden ser imperativas o supletorias.

a) Son leyes imperativas las que prevalecen sobre cualquier acuerdo de voluntad de las personas sujetas a ellas; deben cumplirse aun cuando ambas partes estimaran preferible otra regulación de sus relaciones

jurídicas. En algunos casos asumen la forma de mandatos y en otros de prohibiciones; pero en cualquier caso, los particulares no pueden dejarlas sin efecto. Este concepto se vincula con el de la ley de orden público, que hemos de estudiar enseguida.

b) Son leyes supletorias o interpretativas aquellas que las partes, de común acuerdo, pueden modificar o dejar sin efecto. Estas normas son frecuentes en materia contractual.

El legislador suele tener en cuenta la posibilidad de que las partes, al celebrar un contrato, no hayan previsto algunas de las consecuencias que pueden derivar de él; para esos casos, establece reglas que, desde luego, solo tienen validez en la hipótesis de que los interesados nada hayan dispuesto sobre el particular. Por eso se llaman supletorias, puesto que suplen la voluntad de las partes inexpresada en los contratos. Y como el legislador dicta la regla de acuerdo con lo que parece razonable o con lo que es la práctica de los negocios, en el fondo procura interpretar lo que hubieran establecido los contratantes, de haberlo previsto. De ahí que se llamen también interpretativas. Es claro que si las partes no están conformes con la solución legal, pueden, de común acuerdo, dejarla sin efecto y convenir cualquier otra regulación de sus relaciones jurídicas. Este es un campo que queda enteramente librado al principio de la autonomía de la voluntad.

Desde luego, las leyes más importantes y las más numerosas, son las imperativas, cuyo campo de acción se va ampliando más y más en el derecho moderno. Sin embargo, en materia de contratos, las leyes supletorias siguen siendo numerosas, no obstante la tendencia, cada vez más acentuada, al intervencionismo estatal en esferas que antes estaban libradas al juego libre de las voluntades.

A veces el carácter imperativo o supletorio de la norma surge expresamente del mismo texto legal; pero otras, la ley nada dice y se presenta entonces el grave problema de si las partes pueden o no apartarse de aquella. En ese caso, el intérprete debe tener en cuenta la finalidad y contenido de la ley; si la norma se ha establecido en atención a intereses sociales, públicos, colectivos, debe considerarse imperativa; si, por el contrario, solo se han tenido en cuenta los intereses de las partes, si únicamente se han querido reglar relaciones particulares que muy bien podían haberse resuelto de otro modo, sin que de ello resultara ningún perjuicio de orden social o colectivo, la ley es supletoria.

B.— LEYES DE ORDEN PÚBLICO

10. Concepto y aplicaciones

Una de las expresiones más frecuentemente usadas en la literatura jurídica es la de ley de orden público, y al propio tiempo es uno de los

conceptos más difíciles de definir. ¿Qué es una ley de orden público? Los más sabios juristas se han ocupado del tema sin encontrar una fórmula que logre un consenso general. Sin embargo, pasando por alto matices o teorías personales que no han tenido mayor repercusión doctrinaria, puede decirse que la mayor parte de las opiniones se agrupan en torno a dos teorías que estudiaremos a continuación.

11. a) El punto de vista clásico

Para la doctrina clásica, que aún hoy concita la mayor parte de las opiniones, leyes de orden público son aquellas en que están interesadas de una manera muy inmediata y directa, la paz y la seguridad social, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral; en otras palabras, las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el que está estructurada la organización social.

El papel que esta teoría hace jugar a las leyes de orden público es vasto: 1º) no pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de las partes en sus contratos; en otras palabras, se aplican aun en contra de la voluntad de los interesados; 2º) el principio de que las leyes no tienen efectos retroactivos no juega en materia de leyes de orden público, que pueden aplicarse retroactivamente: contra ellas nadie puede invocar un derecho irrevocablemente adquirido; 3º) a veces los jueces argentinos deben aplicar una ley extranjera de acuerdo con las normas de derecho internacional privado (v. nro. 147); ahora bien, esas leyes extranjeras no deberán aplicarse si esa aplicación importa desplazar una ley nacional de orden público; 4º) nadie puede invocar un error de derecho para eludir la aplicación de una ley de orden público.

El concepto clásico según el cual leyes de orden público son aquellas reglas fundamentales que están en el corazón mismo de la organización social, es, a primera vista, claro y atrayente. Pero a poco que se lo analiza, resulta de una vaguedad desconcertante. ¿Dónde está el límite que permite distinguir las leyes fundamentales de las que no lo son? Es natural que en materia tan opinable cada autor tenga sus ideas propias. De ahí el fracaso por encontrar una fórmula aceptable con carácter general.

Todos los autores que se ocupan del tema han confesado su impotencia ante este problema, pero es JAPIOT quien ha dicho las palabras definitivas: "El orden público debe, es preciso admitirlo, parte de su majestad, al misterio que lo rodea; prácticamente su superioridad se ha demostrado sobre todo por el hecho de que ha quedado siempre por encima de los esfuerzos intentados por los juristas para definirlo".

12. b) Teoría que identifica las leyes de orden público con las imperativas

Según una opinión seguida hoy por numerosos autores y que nosotros compartimos, leyes de orden público son las leyes imperativas. En efecto, una cuestión se llama de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las que solo juega un interés particular. Por eso, las leyes de orden público son irrenunciables, imperativas; por el contrario, las de orden privado son renunciables, permisivas, confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras. De donde surge que toda ley imperativa es de orden público, porque cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y veda a los interesados apartarse de sus disposiciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento; en otras palabras, porque se trata de una ley de orden público. Repetimos: leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos.

De esta manera, las leyes de orden público no son ya un reducido grupo de normas básicas, como lo consideraba la tesis clásica, sino la enorme mayoría de las leyes, puesto que las supletorias son relativamente poco numerosas, si se las compara con las imperativas.

Este concepto obliga a replantear las aplicaciones que la doctrina clásica atribuía a la noción de orden público. Subsiste una de esas aplicaciones: si una ley es de orden público, las partes no pueden dejarla sin efecto en sus contratos. En cambio, pensamos que tales leyes no tienen ninguno de los otros efectos que se les atribuyen.

1º) Con relación al problema de la retroactividad de la ley, veremos más adelante que la idea de la ley de orden público no juega el más mínimo papel (v. nros. 127 y ss.).

2º) Con relación al error de derecho, hemos dicho ya que la cuestión no existe en nuestro derecho positivo (v. nro. 43. a).

3º) Queda subsistente el problema de la ley de orden público como valla de la aplicación de la ley extranjera. La inutilidad de la idea de orden público es tal que "para evitar la incertidumbre que conduce a la arbitrariedad judicial y compromete, por ello mismo, el interés de los particulares" (incertidumbre que resulta de la vaguedad de esta noción, según el punto de vista clásico) el Institut de Droit International aconsejó que toda legislación determine, con la mayor precisión posible, cuáles son aquellas de sus leyes que no podrán ser jamás descartadas por una ley extranjera. Es lo que muchos años antes había hecho nuestro codificador en el art. 14, en el cual, siguiendo a FREITAS, enumeró las leyes que no podían ser en ningún caso descartadas por las extranjeras; ninguna disposición del Cód. Civil habla de ley de orden público con relación a esta materia.

C.— LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

13. La legislación argentina: leyes nacionales y provinciales

En la organización institucional de nuestro país, constituido en forma federativa, existen dos legislaciones paralelas: la nacional y la provincial.

Las leyes nacionales abarcan toda la materia reservada al Estado federal: aduanas, contribuciones directas, relaciones con otros países, defensa nacional, navegación de los ríos y mares. También son leyes nacionales los Códs. Civ. y Com., Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social. Estas son materias de derecho común, que estrictamente debieran ser legisladas por las provincias; empero, la CN, con el propósito de unificar la legislación en todo el país, dispuso que debían ser dictadas por el Congreso de la Nación.

Las leyes provinciales comprenden todos los poderes no delegados en el Gobierno federal por la CN o por convenios posteriores realizados entre el Gobierno de la Nación y las provincias. En particular, les está reservado todo lo relativo a su organización interior, su administración de justicia, régimen municipal, educación primaria, etc.

14. Códigos de fondo y de forma

Se llaman Códigos de fondo a aquellos que legislan sobre los derechos sustantivos reconocidos por las leyes a las personas: Cód. Civ. y Com., Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social. Por las razones señaladas en el número anterior, son dictados por el Congreso Nacional.

Los Códigos de forma son los que indican la manera de hacer valer ante la justicia los derechos reconocidos por las leyes de fondo: son los Códigos de Procedimientos, cuya sanción está reservada a las provincias.

15. Orden jerárquico de las normas

La CN es la ley suprema de nuestro país a la cual se deben ajustar tanto las Constituciones provinciales como las distintas normas emanadas de los órganos legislativos nacionales y provinciales.

Dentro de las facultades de los poderes legislativos provinciales está la de legislar respecto a todo lo concerniente a su provincia y que no esté expresamente reservado al Congreso Nacional. A su vez a los municipios, que son personas jurídicas públicas, se les otorgan atribuciones en determinadas materias, encontrándose facultados a promulgar ordenanzas, que obviamente deben estar subordinadas a las leyes nacionales y provinciales como a las respectivas constituciones.

16. La reforma de la Constitución de 1994 y los tratados internacionales

La reforma constitucional de agosto de 1994 ha introducido importantísimas reformas, pero en lo que hace a lo que estamos analizando, no podemos dejar de señalar la incorporación en el art. 75,

inc. 22, de una sumamente importante: reconocerle a determinados tratados internacionales jerarquía constitucional. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otras, gozan hoy de tal tratamiento, aunque vale reconocer que nuestro Máximo Tribunal le ha dado a determinados tratados una jerarquía aún superior a la de nuestra Carta Magna. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que si los hechos por los cuales se condenó, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, a pesar de haber transcurrido el plazo de prescripción previsto en el art. 62, inc. 2º, del Cód. Penal, corresponde declarar que la acción penal no se extinguió, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

§ 2.— La costumbre

17. Importancia como fuente del derecho

La importancia de la costumbre como fuente de derecho y de obligaciones ha variado fundamentalmente a través del tiempo. En las sociedades poco evolucionadas era la principal fuente del derecho; pero a medida que las relaciones humanas se fueron haciendo más complejas y múltiples, fue necesario ir determinando con más precisión de lo que la costumbre permite, los derechos y las obligaciones de los hombres. Falta de precisión, de certeza y de unidad, son los grandes defectos de la costumbre; por esta misma razón, la técnica legislativa fue perfeccionándose paulatinamente y, al mismo tiempo, el campo de la costumbre se fue estrechando. También contribuyeron a su decadencia las grandes revoluciones sociales, pues la implantación de un nuevo orden exigía a veces la abrogación en bloque de las antiguas costumbres. Así ocurrió con la revolución francesa y la rusa.

En el derecho contemporáneo, el papel de la costumbre es modesto, si se lo compara con el de la ley. No obstante ello, en algunas ramas del derecho, y particularmente en el comercial, su campo de aplicación es bastante amplio. Cabe destacar, sin embargo, el peculiar sistema anglosajón, en el que la costumbre tiene una importancia primordial. Pero, aun en él, lo que los jueces aplican, más que la costumbre en sí, es la expresión de esta a través de los fallos de los tribunales; en realidad, el *common law* originado en la costumbre, es hoy derecho jurisprudencial.

18. Valor como antecedente histórico de la ley

Independientemente del valor autónomo que la costumbre tiene como fuente del derecho, ha tenido y tiene mucha importancia como antecedente histórico de la ley. Un legislador prudente toma en cuenta la realidad social y las costumbres imperantes. La escuela histórica del derecho, cuyo exponente más vigoroso fue SAVIGNY, puso el acento sobre la importancia de la costumbre como fuente del derecho positivo, sosteniendo que este no es sino el producto espontáneo del devenir social. Claro está que esta no es la única fuente de inspiración del legislador; más aún, los reformadores, los revolucionarios, lo son precisamente porque establecen un nuevo orden jurídico distinto del tradicional. Pero en épocas normales, los legisladores harán bien en conocer y respetar las costumbres, que por haber nacido espontáneamente del pueblo, parece democrático respetar. Precisamente uno de los grandes aciertos de VÉLEZ SARSFIELD fue haber respetado las costumbres nacionales (no obstante que las abrogó en el art. 17), incorporando muchísimas de ellas a los preceptos del Código. No podemos dejar de señalar que este criterio fue el seguido por nuestros legisladores hasta hace poco tiempo en que por la búsqueda de réditos políticos se han ido incorporando cuestiones ajenas a nuestro sentir nacional.

19. Elementos de la costumbre

Para que exista costumbre en la acepción jurídica de la palabra, deben reunirse dos elementos:

a) El *material*, que consiste en una serie de actos repetidos de manera constante y uniforme; no es indispensable el largo uso de que hablaban los antiguos juristas y en particular los canonistas, pues es evidente que hay costumbres de formación muy reciente y que, sin embargo, tienen fuerza obligatoria, aunque sin duda un uso prolongado contribuye a hacerlas más venerables; en cambio, es necesario que el uso sea general, es decir, observado por la generalidad de las personas cuyas actividades están regidas por aquel, no bastando que sea la práctica de algunas pocas.

b) El *psicológico*, que consiste en la convicción común de que se trata de una práctica obligatoria, de la cual surgen derechos y deberes; por consiguiente, los simples usos sociales, que en la opinión general no tienen relieve jurídico, no pueden considerarse costumbres en el sentido de fuente del derecho. Tal es el caso de los presentes de uso en ocasión del casamiento, del cumpleaños, de Navidad, que no generan derecho alguno.

20. Régimen legal

El Código de VÉLEZ, en su art. 17, disponía: "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos".

Como puede advertirse, dicho artículo no solo proscribía la costumbre *contra legem* lo que es natural, sino también la que colma un vacío de la ley. Esta solución era propia del pensamiento racionalista. Puesto que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes (art. 22, CN) y que ningún habitante puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19, CN), la conclusión parece clara: la costumbre no puede ser fuente de derecho a menos que la misma ley la convalide.

Era un excesivo rigor lógico, incompatible con la realidad de la vida jurídica. Allí donde la ley no ha previsto soluciones, las relaciones de derecho se ordenan espontáneamente, colmando esas lagunas. Con ello no se contrarían los textos constitucionales antes citados. La ley de que habla el art. 19 de la Constitución es toda norma jurídica, emane o no del Poder Legislativo; en otras palabras, la palabra ley se ha empleado en su sentido material, no en su sentido formal. Y, en sentido material, también la costumbre es ley. En cuanto al art. 22 de la Constitución, no ha hecho otra cosa que establecer el principio representativo de gobierno, que no se opone a la admisibilidad de la costumbre como fuente de derecho.

Todo ello explica que, no obstante lo dispuesto por dicho art. 17, los tribunales reconocieran en ciertos casos excepcionales fuerza obligatoria a costumbres imperantes en materias en que la legislación civil había guardado silencio. Ejemplo típico es el nombre. Mucho antes de que se dictara la legislación sobre nombre, todo su régimen jurídico estaba basado en la costumbre, a la que los jueces reconocían y reconocen fuerza obligatoria. Otro ejemplo interesante es el de los sepulcros, a cuya enajenación se opusieron los jueces invocando las costumbres del país, hecho este que también ha cambiado en nuestros días al permitirse su enajenación.

La reforma al Código de VÉLEZ por la ley 17.711 del año 1968 acogió el principio de que la costumbre es fuente de derecho ante el silencio de la ley. Así, el art. 17 disponía: "Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente".

Esta norma significaba un importante avance de la costumbre como fuente del derecho. Los jueces, liberados de la prohibición que surgía del antiguo art. 17, podían hacer una amplia aplicación de la costumbre ante el silencio de la ley, lo que, sin duda, contribuyó a enriquecer el derecho positivo con el aporte silencioso pero constante de la comunidad. La

formación espontánea del derecho, tan alabada por SAVIGNY, adquirió renovado vigor.

Pero hay un punto en que el art. 17 reformado por la ley 17.711 coincidía con el anterior: la costumbre *contra legem* carece de valor jurídico. Este principio es elemental en todo derecho positivo; de lo contrario se fomentaría la desobediencia, pues bastaría que la comunidad se opusiera al cumplimiento de una ley para que esta cayera en desuso y perdiera su fuerza obligatoria.

Es necesario, pues, afirmarlo: la costumbre no puede derogar ni sustituir una ley. Pero si este principio, como tal es indiscutible, también es verdad que en ocasiones ha habido que admitir que no puede aplicarse a algunas situaciones singulares. En efecto, la vida del derecho es tan vigorosa que más de una vez los tribunales se han visto forzados a admitir la derogación de la ley por la costumbre y a reconocer el predominio de esta sobre aquella.

Nuestra jurisprudencia registra algunos casos interesantes.

Se ha decidido que el art. 9º de la ley 20.266 que regula el ejercicio de los martilleros, que disponía: "aceptar la postura solamente cuando se efectuase de viva voz, de lo contrario la misma será ineficaz", ha quedado derogado por la práctica que admite posturas por señas; por consiguiente, el postor que lo ha hecho de esta manera, no puede invocar aquella disposición legal para pretender que no está obligado a comprar. Se ha resuelto también que el desuso de ciertos reglamentos de tránsito provoca su caducidad.

Naturalmente, estas decisiones son excepcionales y solo pueden darse en hipótesis extraordinarias.

21. La cuestión en materia comercial

El papel de la costumbre es mucho más amplio en materia comercial que en civil, por las características peculiares de las actividades comerciales y por cuanto estas se desenvuelve en buena medida de acuerdo con usos y prácticas cuyo valor jurídico debe ser reconocido, so pena de dañar la confianza y buena fe que deben presidir las actividades mercantiles; por eso las costumbres mercantiles deben ser tenidas en cuenta, en muchos casos, para fijar los efectos y la interpretación de los contratos.

22. La cuestión en el Código Civil y Comercial

Con la unificación de los Códigos Civil y Comercial ha quedado terminada la distinción en materia de interpretación de las costumbres como fuente del derecho, puesto que ya no se interpreta el Cód. Civil como norma supletoria, sino que ahora quedan ambos integrados.

Por otra parte, lo que preveía el art. 17 del Código derogado ha sido ratificado en el nuevo Cód. Civ. y Com. que en su art. 1º establece que "los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho".

Es decir, que si las partes interesadas han hecho mención respecto no solo de los usos y costumbres, sino también de las prácticas, como un modo de regular sus relaciones, en tanto estas no sean contrarias a la ley, deben ser tenidas en cuenta para la dilucidación de sus diferencias.

§ 3.— La jurisprudencia

23. La sentencia

Todo conflicto humano debe ser sometido a los jueces para su dilucidación. De lo contrario, el orden jurídico se vería reemplazado por la fuerza, lo que significaría el imperio del caos.

La sentencia es la decisión del magistrado que pone fin al pleito y declara cuáles son los derechos de las partes. Tiene carácter obligatorio para estas y el vencedor puede pedir el auxilio de la fuerza pública para hacerla cumplir.

24. Caracteres

La sentencia tiene los siguientes caracteres:

a) Es obligatoria para las partes, pero no con relación a terceros ajenos al litigio; pues no sería posible hacerle producir efectos respecto de personas que no han sido oídas y a quienes no se les ha dado oportunidad de defender sus derechos.

b) Cuando ha sido dictada por el tribunal de última instancia, hace cosa juzgada. Eso significa que no se puede volver a plantear la cuestión, por más que la parte vencida pueda aportar más tarde elementos de juicio suficientes para demostrar la razón que le asiste. Muchas veces un pleito se pierde porque la parte vencida no ha tenido en su poder las pruebas indispensables para demostrar la justicia de su causa; dictada la sentencia consigue esas pruebas que le hubieran permitido vencer. Sin embargo, no puede ya plantear un nuevo juicio; la sentencia dictada es definitiva y no puede volverse sobre ella. Una razón de orden y de seguridad obliga a reconocer esos efectos a la cosa juzgada y a impedir todo nuevo intento de replantear el caso. De lo contrario, jamás las personas estarían seguras de sus derechos, por más que tuvieran en su favor una sentencia lograda luego de largo y costoso pleito. Lo mismo ocurre en caso de cambio de jurisprudencia. Muchas veces, los tribunales vuelven sobre su criterio interpretativo y reconocen derechos que antes negaban. Empero, quien perdió un pleito no puede más tarde intentarlo

nuevamente aduciendo que ahora los tribunales reconocen que había tenido razón al litigar. En todos estos casos, el valor justicia se sacrifica al valor seguridad, sin el cual aquella no tendría vigencia posible.

25. Fundamentación: art. 3º, Código Civil y Comercial

La sentencia debe ser razonablemente fundada; el juez tiene el deber de tratar todas las cuestiones y defensas planteadas en el juicio, analizar y valorar la prueba producida por las partes, y, finalmente, precisar en qué normas jurídicas se basa su pronunciamiento, es decir, interpretando las leyes, sus finalidades, los tratados internacionales, etc. Esta exigencia de fundamentación de la sentencia es una garantía de la seriedad del estudio del caso; por ello, una sentencia no fundada o en la cual se ha omitido la expresión del derecho aplicable al caso, es nula.

Muchas veces las cuestiones de derecho son dudosas o el problema no ha sido previsto en la legislación vigente. Ello no autoriza al juez a rehusar su fallo, pues de lo contrario muchos conflictos humanos quedarían sin resolver, creando una fuente de incertidumbre y desorden social. Por ello, el art. 3º del Cód. Civ. y Com. dispone que la decisión debe ser razonablemente fundada, esto es, que los jueces podrán resolver teniendo en cuenta no solo las leyes, los usos, prácticas y costumbres, sino que también deberán echar mano de los principios generales del derecho y de las circunstancias del caso que tienen por delante para dictar sus sentencias.

Como se ve, el Código considera que el derecho positivo es un todo hermético, sin lagunas; el juez debe encontrar siempre la norma concreta o el principio general que le permita resolver el caso.

26. Concepto de jurisprudencia

Desde el punto de vista etimológico, jurisprudencia significa conocimiento del derecho; por ello, el *Diccionario* de la Real Academia define la jurisprudencia como "la ciencia del derecho".

Pero el significado más general y común de la palabra, que es el que ahora nos interesa, es distinto: se refiere a los fallos de los tribunales judiciales que sirven de precedentes a futuros pronunciamientos. Para que haya jurisprudencia, no es indispensable que los fallos coincidentes sobre un mismo punto de derecho sean reiterados, a veces una sola sentencia sienta jurisprudencia: es lo que en el derecho anglosajón se llama *leading case*. Pero, sin duda, una jurisprudencia reiterada y constante es más venerable y tiene mayor solidez como fuente de derechos y obligaciones.

27. Su valor como fuente

Se discute en doctrina si la jurisprudencia debe o no ser considerada como una fuente del derecho. Desde el punto de la lógica estricta, la razón parece estar de parte de quienes le niegan categoría de fuente sustantiva, formal e independiente, puesto que los tribunales no hacen otra cosa que aplicar la ley: siempre es la ley la que decide el caso y es en nombre de ella que los jueces fallan.

Pero si este planteo teórico parece indiscutible, la verdad es que, en la práctica, la jurisprudencia es una fuente riquísima de derechos. Lo saben muy bien los abogados, que cuando estudian un caso suelen acudir antes que a los Códigos, a los repertorios de jurisprudencia. Veamos las razones de la extraordinaria importancia que tiene esta fuente en el derecho moderno:

a) El Poder Judicial es la autoridad final en lo referente a la interpretación de la Constitución y las leyes. Dentro de las numerosas interpretaciones o versiones a que casi siempre se presta un texto legal, la única válida, la única a cuyo servicio está el *imperium* del Estado, es aquella adoptada por los tribunales. Con razón se ha dicho que la ley es lo que los jueces dicen que es. Por ello, en los puntos que abarcan, los fallos judiciales se convierten en la ley del país.

b) Las leyes, por lo común, solo establecen principios generales; aun las más minuciosas y detallistas solo prevén un pequeño número de casos en relación con la variedad infinita que ofrece la vida del derecho. Es este el famoso problema de las lagunas del derecho: en muchos casos la ley nada dice, nada prevé y, sin embargo, el juez está obligado a fallar (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) como una condición inexcusable del orden social; y puesto que la ley no ha contemplado el caso, la solución dada por los jueces, su jurisprudencia, será eminentemente creadora.

c) Muchas veces se produce un cambio de jurisprudencia; una ley, que hasta entonces había sido interpretada en cierto sentido, lo es en adelante, en otro. La ley no ha variado, pero se han modificado los derechos que se reconocen a las personas. Es exactamente como si una ley hubiera sustituido a otra. Es la nueva jurisprudencia el punto de apoyo, la fuente de los nuevos derechos.

28. Fuerza vinculatoria de la jurisprudencia

En principio, la jurisprudencia no tiene fuerza obligatoria para los jueces, aunque haya sido sentada por los tribunales de los cuales aquellos dependen jerárquicamente. Por más que sea reiterada y uniforme, los jueces pueden apartarse de ella e interpretar la ley según su ciencia y conciencia. ¿Cómo se explica, entonces, que sea tan importante, cuando no decisiva, en los pronunciamientos judiciales? Esta importancia se explica muy fácilmente en el caso de que la jurisprudencia haya sido sentada por un tribunal jerárquicamente superior, pues es natural que los

jueces inferiores procuren ajustar sus decisiones a las de aquel, pues, de lo contrario, es casi segura la revocación de la sentencia. Hay también en estos casos una razón de respeto; difícilmente los jueces insistan en un punto de vista opuesto al de la jurisprudencia del tribunal del cual dependen, si no es aportando nuevos argumentos no considerados por aquel.

Pero también tienen interés y peso, aunque sin duda menor, las decisiones de otros tribunales, respecto de los cuales no existe ninguna vinculación jerárquica. La importancia de estos pronunciamientos varía según el prestigio del tribunal que ha sentado el precedente y se acentúa si coincide con la solución dada al problema por otros magistrados. Cuanto mayor sea la uniformidad de la jurisprudencia en las distintas jurisdicciones, mayor será la fuerza del precedente, porque esa coincidencia es la expresión de una conciencia jurídica ya formada sobre la legitimidad y justicia de la solución dada.

Finalmente, hay una razón de estabilidad jurídica que mueve a los jueces a fallar en sentido coincidente con los precedentes. Si un mismo problema jurídico recibe dos o más interpretaciones distintas de los tribunales se crea una incertidumbre ciertamente perjudicial. Según sea el tribunal se alterarán, quizá fundamentalmente, los derechos y obligaciones de las personas. Los jueces procuran evitar que ello ocurra.

29. Conocimiento de la jurisprudencia: repertorios usuales

El gran interés práctico que la jurisprudencia tiene para los abogados dio lugar en el siglo pasado a la aparición de repertorios o revistas que la publicaban y que aún hoy lo siguen haciendo, aunque en nuestros días lo que ha tenido mayor difusión y alcance son las publicaciones que se efectúan por internet. En nuestro país, los más importantes y divulgados son *Jurisprudencia Argentina* (que empezó a publicarse en 1918), *La Ley* (que vio la luz en 1936) y *El Derecho* (que comenzó en 1963). Los fallos están reunidos en tomos que aparecen cada dos o tres meses; cada sentencia va precedida de un resumen en el cual se sintetiza brevemente la doctrina sentada por el tribunal. Índices muy prolijos facilitan al profesional la búsqueda de los antecedentes que le interesan. Además, cuentan estas publicaciones con numerosos colaboradores que comentan los fallos o escriben artículos sobre distintos temas jurídicos. Para tener a sus suscriptores al corriente de los fallos más recientes, estas revistas publican o bien un diario, cuyo contenido se vuelca luego en los repertorios, o bien brindan dicha información por medio de internet. Es que todas estas editoriales han ido incorporando la tecnología digital y publican su información actualizada tanto en soporte papel, como magnético. Asimismo, con el arribo de la informática a nuestro país, han

aparecido nuevas publicaciones que diariamente y en forma digital hacen saber a sus suscriptores las novedades jurisprudenciales y doctrinarias.

Algunos tribunales publican sus sentencias, tal como ocurre, por ejemplo, con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Suprema Corte de Buenos Aires y otros tribunales del interior.

La mayor parte de nuestros Tribunales cuentan con oficinas para informar a la sociedad su accionar en tiempo real, tal es el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tiene una oficina específica para informar todo lo relativo a la jurisprudencia del Tribunal y también para informar de su accionar como cabeza de uno de los tres Poderes del Estado.

En Francia son famosísimos el *Dalloz* y *Sirey*; en Italia, *Giurisprudenza Italiana* y *Foro Italiano*.

30. Sentencias obligatorias

Excepcionalmente, el fallo dictado por algunos tribunales superiores, en ciertos casos fijados por la ley, es obligatorio.

Tiene ese carácter tanto para las distintas salas del mismo tribunal, como para los jueces que dependan jerárquicamente de él, los fallos dictados en tribunal plenario por las Cámaras Nacionales de Apelación (art. 303, Cód. Proc. Civ. Com.).

31. Medios de uniformar la jurisprudencia

La existencia de distintos tribunales dentro de la misma jurisdicción lleva implícita la posibilidad de que una misma ley sea interpretada por ellos en diferentes sentidos. Suele ocurrir con frecuencia que una sala de un tribunal de última instancia reconozca la existencia de un determinado derecho y otra lo niegue. La suerte de los litigantes dependerá entonces de la sala o tribunal que decida en definitiva el caso. Ello da lugar a la incertidumbre y la inseguridad en el goce de los derechos. No es de extrañar, por consiguiente, el empeño puesto en evitar estos inconvenientes. Los medios a que se ha recurrido en nuestro país para unificar la jurisprudencia son los siguientes:

32. a) El recurso de casación

Este es el método que podemos llamar clásico para unificar la jurisprudencia. Mientras los jueces y tribunales de instancia deben decidir acerca de todas las cuestiones de hecho y de derecho que implica un caso dado, el Tribunal de Casación solo juzga acerca del derecho. Así, por ejemplo, en un accidente de tránsito, si este ocurrió, si hubo heridos, si el monto de los daños fue tal o cual, son todas cuestiones de hecho, que deciden definitivamente los tribunales de instancia y sobre las que el Tribunal de Casación no puede entender; en cambio, si comprobados

ciertos hechos (el accidente, los daños, etc.), el demandado tiene o no obligación legal de indemnizar, es una cuestión de derecho, respecto de la cual, agotada la instancia, cabe todavía el recurso de casación. De esta manera, existiendo un único Tribunal de Casación queda asegurada la uniformidad en la interpretación de la ley.

En el sistema francés e italiano, la Corte de Casación se limita a casar el fallo cuya doctrina se opone a la del tribunal; el juicio vuelve entonces a otro tribunal de instancia para que este, a su vez, dicte la sentencia. Lo normal es que el segundo tribunal de instancia falle de conformidad con la doctrina de la Corte de Casación, pues de lo contrario su fallo le será fatalmente revocado; pero como el pronunciamiento de la Corte no es obligatorio para los tribunales de instancia, estos pueden insistir en el primitivo pronunciamiento, dando origen así a una nueva casación, etc.

Para evitar los inconvenientes y, sobre todo, las innecesarias demoras de ese sistema, en otros países como, por ejemplo, Alemania, el Tribunal de Casación resuelve por sí el litigio, dictando la sentencia definitiva. Este sistema, cuyas ventajas son notorias, se lo ha adoptado también en nuestro país, así, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires como en la de Córdoba, entre otras provincias, el Tribunal que entiende en estas cuestiones es el máximo Tribunal y al recurso se lo denomina de inaplicabilidad de la ley. En materia Penal, se ha creado en el fuero Federal, la Cámara de Casación, que se encuentra en funcionamiento.

No ha sido así en el fuero Civil de la Nación ya que, si bien ha sido creada la Cámara de Casación Civil, no ha entrado en funcionamiento. En efecto, la ley 26.853, que derogó el viejo art. 288 del Cód. Proc. Civ. y Com., estableció la entrada en vigor del recurso de casación "una vez constituidas las Cámaras y Salas creadas por la presente", circunstancia que no se ha verificado a la fecha. Por lo tanto, recién una vez constituidas estas "las sentencias definitivas, o equiparables, dictadas por la Cámara de Apelación, serán susceptibles de recurso de casación". Conforme lo establece el art. 288 del Cód. Proc. Civ. y Com. en su nueva redacción.

Las causales para interponer recurso de casación están delimitadas por el art. 289 del Cód. Proc. Civ. y Com., que establece que podrá fundarse en alguna de estas causales: 1) inobservancia o errónea aplicación o interpretación de la ley sustantiva; 2) inobservancia de las formas procesales esenciales; 3) unificación de la doctrina cuando en razón de los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se hubiere llegado a pronunciamientos diferentes; 4) arbitrariedad.

Tal como señaláramos anteriormente, el recurso de casación recae exclusivamente sobre cuestiones de derecho.

33. b) El recurso extraordinario

El propósito fundamental de este recurso es asegurar el pleno imperio de la CN y las leyes nacionales y evitar que, so color de interpretación, los tribunales de provincia alteren o dejen sin efecto normas en cuyo cumplimiento juega un interés de orden nacional. Indirectamente, es un medio eficacísimo de unificación de la jurisprudencia sobre la Constitución y las leyes nacionales, pues asegura que ellas no podrán ser interpretadas por los tribunales de una provincia de cierta forma y por los de otra, de una manera distinta. La Corte Suprema asegura que la Constitución y las leyes nacionales tengan un mismo significado en todo el país.

El recurso fue creado por la ley 48, art. 14, que dice así: "Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y solo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1º Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez; 2º Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la CN, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; 3º Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio".

A estas causales de procedencia del recurso extraordinario hay que agregar el caso de que la sentencia apelada haya incurrido en arbitrariedad. Que la sentencia apelada haya incurrido o no en arbitrariedad es cuestión que queda librada al criterio de la Corte Suprema. Un ejemplo es que la sentencia haya prescindido de una ley expresa o que no haya tenido en cuenta pruebas sustanciales del proceso.

No está sujeta al recurso extraordinario la interpretación que los tribunales de provincia hagan de los Códs. Civ. y Com., Penal y de Minería (ni del de Trabajo y Seguridad Social, cuando se dicte) puesto que a pesar de que han sido dictados por el Congreso Nacional, lo fueron con la expresa salvedad de las jurisdicciones locales (art. 75, inc. 12, CN). En efecto, por su naturaleza, estos Códigos no legislan sobre materias de carácter federal, es decir, de interés nacional, y estrictamente debieron ser sancionados por cada una de las provincias; pero para evitar el caos legislativo y asegurar la unidad nacional, la Constitución de 1853 dispuso que estos Códigos serían dictados por el Congreso Nacional, aunque se dejó a salvo el poder jurisdiccional de las provincias.

Entendiendo en el recurso extraordinario, la Corte no puede entrar a juzgar los hechos (salvo manifiesta arbitrariedad en la apreciación de los hechos y pruebas hecha por el tribunal inferior), debiendo limitar su decisión a las cuestiones de derecho. De ahí que se trata de un verdadero recurso de casación, bien que limitado a las cuestiones previstas en el art. 14 de la ley 48.

34. c) Tribunales plenarios

La doctrina legal o interpretación de la ley hecha por las Cámaras Nacionales de Apelaciones reunidas en tribunal plenario para unificar la jurisprudencia de las salas y evitar sentencias contradictorias será de aplicación obligatoria para las salas de la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión. Solo podrá volverse sobre ella, como consecuencia de una nueva sentencia plenaria (art. 303, Cód. Proc. Civ. y Com.).

El derogado art. 288, Cód. Proc., establecía que existiendo una sentencia de alguna de las salas del tribunal que resuelva una cuestión de derecho en un determinado sentido, y en caso posterior la misma u otra sala dicten una sentencia contradictoria con esa solución, la parte afectada podrá intentar un recurso de inaplicabilidad de la ley ante la Cámara en pleno. Para que el recurso sea viable, se requiere: a) que el precedente contrario haya sido invocado expresamente por el recurrente antes de la sentencia definitiva; b) que el precedente sea de fecha no anterior a los diez últimos años; c) que el recurso sea interpuesto y fundado ante la sala interviniente, dentro de los diez días.

La Cámara en pleno determinará la doctrina aplicable y, si la del fallo recurrido no se ajustare a aquella, lo declarará nulo y dispondrá que la causa pase a la siguiente sala para que pronuncie nueva sentencia.

Este recurso ha sido sustituido por el recurso de Casación señalado *ut supra*, pero, no obstante, a la fecha continúa en vigencia. Esto se debe a que la ley 26.853 de 2013 supeditó su entrada en vigor y correspondiente aplicación a todos los juicios, aun a los que se encuentren en trámite, una vez constituidas las Cámaras y Salas creadas por la presente, algo que a la fecha no ha ocurrido, aplicándose en consecuencia el "derogado" recurso plenario.

35. Idea general de la organización judicial argentina

La administración de justicia está a cargo de los tribunales federales o nacionales y de los tribunales provinciales.

A la justicia federal le compete: a) por razón de materia entiende en todos los pleitos en que esté en juego la aplicación de las leyes federales propiamente dichas; b) por razón de las personas entiende en las causas

en que son partes la Nación, los embajadores extranjeros, las que se susciten entre dos provincias o entre vecinos de una provincia y otra provincia y entre una provincia o sus vecinos contra un estado o ciudadano extranjero.

La justicia provincial es competente en: a) las causas en las que esté en juego la legislación provincial; b) aquellas en las que se apliquen leyes que, aunque dictadas por el Congreso, no tienen carácter de leyes propiamente federales, sino que forman parte del derecho común; es decir, los Cód̀s. Civ. y Com., Penal, de Minería y de Trabajo y Seguridad Social.

Una situación peculiar es la de la Capital Federal. En ella existe la división de los tribunales en federales y comunes; pero estos últimos, por tener su jurisdicción en la Capital Federal, también tienen carácter nacional (aunque no federal). Hoy, además, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con tribunales contenciosos, administrativos y tributarios, una Cámara de Apelaciones dividida en tres salas y 24 Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario además del fuero penal, contravencional y de faltas.

La justicia federal está formada por la Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Apelaciones y los jueces de primera instancia. La Corte Suprema extiende su competencia a todo el territorio del país; las Cámaras de Apelaciones y los jueces de primera instancia la tienen fijada en su ley de creación. Frecuentemente, la competencia de estos tribunales coincide con el territorio de la provincia en que tienen su asiento; otras veces, es más reducida o, en el caso de las Cámaras, suele extenderse a dos o más provincias.

En las provincias donde el número de causas no es muy numeroso, estos Juzgados o Cámaras abarcan todos los fueros, es decir, las divisiones por materia, que en cambio resultan indispensables cuando el número e importancia de las causas imponen la especialización. Así, en la Capital Federal, la justicia federal está dividida en los siguientes fueros: Civil y Comercial; Criminal y Correccional; Contencioso Administrativo y Penal Económico.

La justicia ordinaria de la Capital, a su vez, está dividida en los siguientes fueros: Civil, Comercial, Criminal y Correccional, de Trabajo y de Seguridad Social.

A.— El Common Law

36. Papel de la costumbre, la jurisprudencia y la ley en el derecho anglosajón

Si es importante el papel de la jurisprudencia en los países de derecho codificado, como el nuestro, mucho más lo es en aquellos que se rigen

por el *common law* (Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos de América, salvo el estado de Luisiana, Canadá, excepto la provincia de Quebec, Nueva Zelanda y Australia).

La profunda originalidad del derecho anglosajón consiste, especialmente, en que la fuente fundamental de los derechos y obligaciones no es la ley escrita, sino las decisiones de los tribunales, los precedentes judiciales. Originalmente, hace ya varios siglos, los jueces se fundaban, para fallar los litigios, en las costumbres inmemoriales del país; pero como esos fallos tenían el valor de precedentes obligatorios para los futuros procesos, poco a poco las costumbres fueron quedando enterradas en el olvido y solo interesó la búsqueda del precedente judicial; mientras que en nuestro país el juez supone que todo caso llevado ante sus tribunales debe tener una solución legal, y busca en la ley la norma a que ha de ajustar su decisión, el juez inglés da por sentado que todo litigio ha de tener su solución en los antecedentes jurisprudenciales. Las colecciones de jurisprudencia tienen para el juez inglés el mismo valor que para el nuestro el Cód. Civ. y Com., etc. Es verdad que el Parlamento británico o el Congreso de Estados Unidos dictan leyes, pero estas tienen un carácter excepcional. Este derecho escrito se establece con el propósito de modificar soluciones del *common law* que resulten anacrónicas o inconvenientes, pero en todo punto no legislado expresa y concretamente por la ley escrita, rige el *common law*; mientras que nuestro jurista busca en la ley escrita los principios del derecho argentino, el inglés no ve en ella sino excepciones introducidas en los principios del *common law*. De ahí que no se conciba en Inglaterra la interpretación analógica o extensiva de la ley escrita, puesto que es siempre un derecho de excepción, y como tal no puede aplicarse sino a los casos expresamente previstos.

La consecuencia de este sistema es que los jueces no solo tienen el poder jurisdiccional de decidir el litigio llevado ante sus estrados, sino que, prácticamente tienen un verdadero poder legislativo. Este poder se manifiesta de dos maneras: 1º) dictan normas de procedimiento para actuar en el propio tribunal; 2º) sus fallos tienen fuerza obligatoria para los tribunales inferiores. Ya hemos dicho que, también en nuestro país, algunas sentencias tienen ese carácter; pero hay, sin embargo, una diferencia notable: mientras que en nuestro país los tribunales están obligados a sujetarse a la ley y sus fallos no son sino una aplicación de ella, el juez que aplica el *common law* no está limitado por ley alguna. Además, entre nosotros, solo por excepción las sentencias tienen fuerza obligatoria para otros tribunales y siempre referida a los tribunales inferiores. En Inglaterra, por el contrario, esa es la regla y además hay ciertos tribunales cuyas decisiones son obligatorias inclusive para el mismo tribunal que las dicta. Así ocurre con la Court of Appeal, que solo

puede rever un fallo anterior si este ha sido decidido por el voto del presidente, y con la House of Lords, que nunca puede cambiar sus propias decisiones. La única forma de alterar su jurisprudencia es una ley del Parlamento.

37. Inconvenientes del *common law*

Este sistema presenta algunas desventajas muy importantes:

a) Fundado el *common law* en fallos de muy diversos tribunales y a través de distintas épocas, resulta necesariamente inconexo y falto de método; la claridad, el orden, la lógica y la unidad del derecho codificado están ausentes en el anglosajón; los precedentes judiciales se hallan coleccionados en tomos que llenan bibliotecas y que resultan muy difíciles de asimilar, inclusive para los jueces.

De ahí que, mientras los juristas no anglosajones se forman en las universidades, los ingleses se hacen sobre todo en la práctica, trabajando en un estudio jurídico.

b) La circunstancia de que el juez anglosajón, al aplicar el *common law*, no está sujeto a ninguna ley escrita, hace pensar que su esfera de acción es mucho más amplia que la que puede tener en nuestro país. Pero en la práctica ocurre todo lo contrario. El respeto por el precedente ha conferido al *common law* una rigidez notoria y, a veces, insoportable. Este fenómeno se acentuó a tal punto en los siglos XV y XVI, que fue necesario arbitrar un remedio contra ciertas soluciones, evidentemente injustas. Así fue como Lord Chancellor empezó a admitir, en los casos en que el *common law* no ofrecía remedio, cierta protección basada en la equidad. Así nacieron los tribunales de *equity*, que fueron forjando una serie de reglas de equidad, que aportaban ciertas correcciones a las del *common law*.

Pero con el tiempo, la fuerza obligatoria de los precedentes cristalizó también la jurisprudencia de los tribunales de *equity*, que adquirió la misma rigidez del *common law*; la diferencia de jurisdicciones se hizo innecesaria y en 1873 se refundieron ambas. Actualmente, el papel desempeñado hace siglos por los tribunales de *equity*, como correctores de las soluciones anacrónicas o injustas del *common law*, es desempeñado por el Parlamento mediante la ley escrita.

Es necesario decir, sin embargo, que la fuerza obligatoria de los precedentes ha perdido algo de su rigor; los jueces los aplican con una elasticidad mayor, lo que ha hecho afirmar a RHEINSTEIN que el papel del precedente es más o menos igual en el sistema del *common law* que en el derecho codificado.

c) El progreso del derecho se hace más pesado y difícil, como consecuencia de la mentalidad anglosajona, formada en el respeto de las

tradiciones jurídicas y de los precedentes. En realidad, el *common law* está estrechamente vinculado con una concepción social individualista y es insuficiente para expresar las transformaciones que debe acoger el Estado contemporáneo.

38. Sus ventajas

Pero al lado de estos inconvenientes, el *common law* ofrece también sus ventajas:

a) Mientras que en los países de derecho escrito, como el nuestro, la libertad humana se funda en el respeto de la ley, en los anglosajones está cifrada en el respeto del *common law*. Indudablemente, este sistema proporciona una mayor seguridad, porque mientras que la ley puede ser modificada y servir de instrumento de opresión, el *common law* no tiene su origen en el legislador, ni está sujeto a sus caprichos; mientras se lo respete, los ciudadanos tienen aseguradas sus libertades.

b) El alejamiento de toda teorización, a la par de los inconvenientes ya señalados, tiene la ventaja de desarrollar en los magistrados y en los juristas un agudo sentido práctico. Precisamente esta circunstancia es lo que ha determinado actualmente un interés muy vivo por el derecho anglosajón, cuya influencia sobre los países de derecho escrito es considerable, si bien la influencia inversa es notablemente mayor.

39. Tendencia a la aproximación de ambos sistemas

Hemos destacado en los números anteriores las diferencias entre el sistema del derecho escrito y el *common law*. Esas diferencias son, sin duda, profundas y confieren al sistema del *common law* una marcada originalidad. Durante siglos ambos sistemas se ignoraron recíprocamente, marchando cada uno por sus carriles. Pero en el derecho contemporáneo se observa una tendencia a la aproximación, al menos parcial. En los países de derecho escrito, los jueces han adquirido una mayor independencia respecto de los textos legales; la jurisprudencia se ha convertido en una fuente de derecho importantísima. Y en el derecho anglosajón se advierte una influencia cada vez mayor del sistema escrito, que ha despertado una viva curiosidad en los juristas ingleses. Además, los profundos cambios en materia social han originado en los países anglosajones un notorio aumento de los estatutos o leyes escritas.

No obstante esta aproximación, hay que reconocer que cada sistema mantiene celosamente sus características esenciales.

§ 4.— La doctrina

40. Antecedentes históricos

En el derecho romano, y a partir de la época del emperador Augusto, se concedió a ciertos juristas de gran prestigio el poder evacuar consultas,

con fuerza obligatoria no solo para el caso concreto que se consultaba, sino también para los sucesivos; en el fondo, era una verdadera ley. Este poder se denominó *Jus publice respondendi ex auctoritate principis*. Sin embargo, si varios juristas munidos de esta facultad se expedían sobre un mismo punto en sentido divergente, su opinión no era obligatoria.

41. Valor actual

En el derecho moderno, la doctrina de los tratadistas carece de toda fuerza obligatoria, como es natural; sin embargo, su opinión suele ser citada con frecuencia en los fallos de los tribunales y en los fundamentos de las mismas leyes. De ahí que pueda decirse que la doctrina es una importante fuente mediata del derecho. Su valor depende del prestigio y autoridad científica del jurista que la ha emitido; si se trata de la interpretación de una ley y los más autorizados juristas opinan unánimemente en el mismo sentido, es difícil que los jueces se aparten de esa solución.

42. Influencia de la doctrina en la evolución del derecho

La influencia de los jurisconsultos en la evolución del derecho ha sido de gran importancia y su aporte al perfeccionamiento de las instituciones, fecundísimo. La simple lectura de las notas de nuestro Código pone de manifiesto cuánto les debe nuestro ordenamiento jurídico a los grandes maestros del derecho.

Empero, el derecho contemporáneo está siendo testigo de una declinación del prestigio y autoridad de los jurisconsultos. Toda la vasta legislación de contenido social que ha hecho eclosión después de la Segunda Guerra Mundial y a finales del siglo pasado, que ha dado en llamarse el nuevo derecho, se ha impuesto al margen y más aún a espaldas de los grandes maestros del derecho. Los procesos revolucionarios suelen marchar frecuentemente más a prisa que los teóricos. No es de llamar la atención, por consiguiente, que los grandes maestros ya consagrados, que se educaron en el culto de los principios del derecho anterior, tengan dificultades para comprender la evolución jurídica contemporánea. Pero está ya surgiendo una brillante pléyade de jóvenes juristas que no solo comprenden y sienten el nuevo derecho, sino que también tratan de influir en él para desviarlo de las exageraciones e improvisaciones que podrían tornarlo peligroso.

43. Doctrina nacional y extranjera: principales obras

Los tratados argentinos de derecho civil, que podemos llamar clásicos, son los de SEGOVIA, LLERENA, GUASTAVINO, MACHADO y SALVAT. Entre los modernos deben citarse las obras de LAFAILLE, BUSSO y SPOTA. Hay también importantes obras dedicadas a partes especiales del Código: entre ellas debe recordarse la de FORNIELES, dedicada a Sucesiones; las

de RÉBORA y ZANNONI, a Familia y Sucesiones; la de REZZÓNICO, a Obligaciones y Contratos; la de LLAMBÍAS, de Parte General y Obligaciones; la de COLMO, a Obligaciones; la de BELLUSCIO y SAMBRIZZI, a Familia; RIVERA y TOBÍAS en Parte General. Muy importante es también el Anteproyecto de Cód. Civil de BIBILONI, quien lo enriqueció con brillantes y eruditas notas.

Entre los autores de las principales obras de derecho civil extranjeras hay que mencionar: en Francia, a AUBRY y RAU, DEMOLOMBE, MARCADÉ, BAUDRY-LACANTINERIE, PLANIOL y RIPERT, COLIN y CAPITANT, JOSSERAND; en Italia, RICCI, PACIFICI-MAZZONI, DE RUGGIERO, MESSINEO, GANGI y el *Tratado* dirigido por VASALLI; en España, CASTÁN TOBEÑAS, CASTRO Y BRAVO, SÁNCHEZ ROMÁN, VALVERDE, PUIG BRUTAU, PUIG PEÑA, HERNÁNDEZ GIL, ALBALADEJO GARCÍA; en Alemania, WINDSCHEID, LARENZ, DERNBURG y ENNECCERUS-KIPP-WOLF; en Suiza, ROSSEL y MENTHA, VON TUHR. En nuestro continente se destacan también autores de la talla de FERNÁNDEZ SESSAREGO, FERRERO COSTA, VARSI ROSPIGLIOSI, en Perú; FUEYO LANERI, CORRAL TALCIANI, en Chile; ORDOQUI CASTILLA, en Uruguay.

§ 5.— OTRAS FUENTES

44. El derecho natural

Hemos sostenido ya (v. nros. 8º y ss.) que el derecho, para ser tal, debe ser conforme a la justicia y al derecho natural. No concebimos la existencia de un derecho injusto. Pero no solamente la ley debe ser conforme al derecho natural, sino que, ante un vacío del derecho positivo, el juez puede encontrar la solución del caso que se lleva ante sus estrados, en los grandes principios de aquel. Este problema se vincula con el de los principios generales del derecho, que veremos en seguida.

45. Los principios generales del derecho

El art. 2º del Cód. Civ. y Com. dice: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Por principios generales del derecho debe entenderse los principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo, por donde este concepto se vincula con la idea del derecho natural.

Debe decirse, sin embargo, que todos o casi todos estos que podrían llamarse principios naturales de la vida social y de la organización jurídica están contenidos en la CN, que no solo es una ley, sino que es la primera ley, en el orden de prelación jerárquica. Por consiguiente, al echar mano

de ellos, el juez está aplicando una ley positiva y no una vaga abstracción. Es muy difícil, en verdad, concebir la existencia de algún principio general del derecho que no esté contenido, expresa o tácitamente, en la Constitución o en la ley, propiamente dicha o en disposiciones contenidas en los tratados internacionales; por nuestra parte, no creemos que exista.

46. El principio de la buena fe

Vinculado con la idea moral del derecho nos encontramos con el principio de la buena fe. Aunque no enunciado de una manera general por la ley, tiene tantas aplicaciones en el derecho positivo, que sin duda, lo convierten en un principio general de la mayor importancia.

La buena fe del agente puede atribuir al acto efectos que este no tendría en otro caso y, viceversa, la mala fe quita al acto efectos que tendría de no ser así; el mismo acontecimiento produce efectos diversos según el agente tenga buena o mala fe.

Se distinguen en doctrina dos clases de buena fe: la buena fe-lealtad (también llamada objetiva) y la buena fe-creencia (también llamada subjetiva). De ambas nos ocuparemos en los números que siguen.

47. Buena fe-lealtad

El principio de la buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente.

Veamos ahora las principales aplicaciones que esta idea tiene en nuestro derecho positivo:

a) *Contratos*. El art. 961 establece que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe.

b) *Abuso del derecho*. El art. 10 veda el ejercicio abusivo de los derechos, pues ese abuso es contrario a la buena fe con que se debe actuar en la vida social. Nos ocupamos del tema en los nros. 27 y ss.

c) *Teoría de los actos propios*. También la teoría de los actos propios es una aplicación del principio de la buena fe-lealtad. Nos ocuparemos de ella en el nro. 80. b).

d) *Principio de buena fe*. El art. 9º afirma que "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe".

48. Buena fe-creencia

El derecho protege la legítima creencia de haber obrado conforme a derecho y en la razonable creencia de que no se daña el derecho de terceros.

Algunas de las principales aplicaciones son las siguientes:

a) *Teoría de la apariencia*. De acuerdo con un viejo principio de origen romano y receptado en nuestro derecho por el art. 392, nadie puede

transmitir un derecho mejor ni más extenso del que posee. Pero ocurre a veces que una persona es titular aparente de un derecho y que sobre la base de ese título, lo transmite a un tercero de buena fe. La aplicación estricta de aquel principio conduciría a privar a ese tercero de lo que ha adquirido de buena fe, lo que es injusto. La ley lo protege.

Veamos algunos casos.

a.1) Ante todo, el del heredero aparente. Sucede a veces que una persona obtiene una declaratoria de herederos a su favor o que presenta un testamento en el cual es designado heredero. Enajena un bien hereditario a un tercero de buena fe. Luego aparece otro heredero con mejor derecho (sea porque prueba un vínculo con el causante que desplaza al anterior, sea porque se presenta un nuevo testamento que designa otro heredero). Es evidente que quien anteriormente fue designado heredero, no tenía en realidad ese carácter, por lo cual no podía enajenar un bien de la sucesión. Pero sería injustísimo privar de su derecho a un tercero que ha adquirido el bien confiado en el título que ostentaba el heredero aparente. Bien entendido que este subadquirente, para ser protegido por la ley, debe ser de buena fe, es decir, ignorar que existía otro heredero con mejor derecho.

Lo mismo ocurre con los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud de un acto anulado con posterioridad a la transferencia del derecho al tercero. Supongamos que una persona ha adquirido un inmueble valiéndose de dolo para hacerse transmitir el dominio de su anterior propietario. El nuevo dueño inscribe su título en el Registro de la Propiedad. Pero luego, el enajenante promueve una acción de nulidad y se declara judicialmente nula dicha transmisión. Sin embargo, mientras el bien estaba a nombre del adquirente doloso, lo ha vendido a un tercero de buena fe, que ha confiado en los asientos del Registro. La ley lo protege dejando a salvo su derecho contra la posible reivindicación del dueño (art. 392).

El art. 45 es otro caso interesante de los efectos de la apariencia: la nulidad de un acto otorgado por un incapaz o con capacidad restringida, no puede hacerse valer contra un contratante de buena fe, si la enfermedad no era ostensible.

a.2) *Matrimonio nulo o anulado*. Si el matrimonio nulo o anulado se contrajo de buena fe por ambos cónyuges, produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día que se declare la nulidad. Si hubo buena fe de uno solo de los cónyuges, producirá todos los efectos del matrimonio válido, pero solo respecto del cónyuge de buena fe (arts. 428 y 429). Y, desde luego, si hubo mala fe de ambos cónyuges, el matrimonio no producirá efecto alguno (art. 430).

a.3) *Aplicaciones en materia de derechos reales.* Las aplicaciones del principio de la buena fe en materia de derechos reales son numerosas. Veamos algunos casos.

En materia de usucapión de inmueble, si el poseedor es de buena fe y a justo título, la adquisición del dominio se produce a los diez años (art. 1898); en cambio, si es de mala fe, el plazo de la usucapión es de veinte años (art. 1899).

En cuanto a los frutos percibidos como consecuencia de la posesión de una cosa, el poseedor de buena fe los hace suyos, en tanto que el de mala fe debe al dueño no solo los frutos percibidos, sino también los que por su culpa dejó de percibir (art. 1935).

El poseedor de buena fe no responde de la destrucción total o parcial de la cosa ni por los deterioros de ella, sino hasta la concurrencia del provecho que hubiere obtenido y solo está obligado a entregar la cosa en el estado en que se halla (art. 1936). En cambio, el poseedor de mala fe responde por la ruina o deterioro de la cosa, aunque hubiere ocurrido por caso fortuito, excepto que la cosa hubiese perecido o deteriorado igualmente estando en poder del propietario (art. 1936, apartado segundo).

b) *Teoría de los actos propios*. A nadie le es lícito volver sobre su conducta anterior cuando esa conducta es jurídicamente relevante y puede suscitar en otra persona la legítima confianza de que se mantendrá aquella conducta. Es decir, nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente.

En conclusión, tal como señala ALEJANDRO BORDA, la teoría de los actos propios constituye una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisible toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.

Este principio, que tiene una vieja prosapia histórica, en su aplicación práctica ha sufrido algunos ocasos. En nuestro país, en épocas relativamente recientes, suscitó el interés de la doctrina y jurisprudencia en su estudio y aplicación práctica; es de esperar que nuestros magistrados, ahora que ha tenido recepción en nuestro Código, la apliquen debidamente.

En efecto, el nuevo Cód. Civ. y Com. expresamente impone como regla que "la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto", art. 1067. La teoría de los actos propios encuentra su fundamento último en

la regla moral, que se funda en el respeto de la buena fe, la protección de la confianza suscitada, el comportamiento coherente en bien de terceros y el rechazo a la sorpresa y a la emboscada.

Es simplemente una derivación del principio de la buena fe-lealtad: no se puede defraudar la confianza puesta en una conducta anterior jurídicamente relevante.

Las condiciones de aplicación son las siguientes:

a) una conducta anterior relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de un comportamiento futuro. Es decir, que la conducta debe tener en el mundo del derecho una trascendencia, deslindándose de las conductas sin valor jurídico y de aquellas otras que requieran imperativamente una forma determinada que no fuese cumplida;

b) una pretensión o el ejercicio de una facultad contradictoria con aquella conducta. La conducta contradictoria debe resultar inadmisible a la conciencia social por ser incompatible con la conducta primigenia y consecuentemente se está efectuando una valoración ética de la conducta que permite meritar la violación de la buena fe depositada por el sujeto receptor del acto;

c) la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas. Este elemento es un elemento necesario para que pueda aplicarse la teoría de los actos propios puesto que es necesario que los sujetos que intervengan sean los mismos, esto es, tanto el emisor como el receptor.

Existe opinión unánime en el sentido de que la doctrina de los actos propios puede ser aplicada no solo a pedido de parte, sino también de oficio, pues ello no es sino una aplicación del principio *iura curia novit*.

Citaremos algunos casos jurisprudenciales a manera de ejemplos ilustrativos de cómo juega el principio. Se ha declarado que va contra sus propios actos la Dirección Provincial de Rentas, que se desdice, sin fundamentos, de su conformidad con el avalúo de los bienes sucesorios para el pago del impuesto a la herencia; el empleador que impugna la constitucionalidad de un convenio colectivo de trabajo no obstante haberlo aplicado anteriormente a sus trabajadores; el socio que impugna una decisión social que antes había consentido; el apelante que se agravia de que el juez acogiera sus argumentos; el contratista que cuestiona la rescisión de un contrato de obra pública dispuesta por la Municipalidad a su pedido; cuando el hijo hubiere sido concebido mediante el método de inseminación artificial heteróloga, habiendo mediado consentimiento expreso del marido, este no puede impugnar la paternidad porque ello importa contradecir sus propios actos; también atenta contra los propios actos el cónyuge que abandona al otro, para irse a convivir con un tercero

y se siente injuriado porque el otro se muestre en público con otra persona con quien no convive; la compradora que ha reclamado la devolución de la seña doblada, en un contrato de compraventa, no puede, luego cambiar su tesitura y demandar por escrituración; la persona que ha reconocido estar obligada a rendir cuentas no puede después apelar la resolución que así lo declara; etc.

49. Equidad

No faltan tampoco quienes ven en la equidad una fuente del derecho. Los jueces suelen invocarla para atenuar el rigor de una disposición legal o para hacer imperar el equilibrio en una relación jurídica. En el fondo no se trata sino de una aplicación de la idea de justicia.

Y como la justicia es un elemento integrador del orden jurídico positivo, la equidad viene a formar parte de él. En consecuencia, no resulta posible considerarla como una fuente extraña a la ley e independiente de ella.

Sin embargo, en algunos casos adquiere sino un valor autónomo respecto de la ley, por lo menos una relevancia dentro del sistema legal, que la ubica en un primer plano. Así ocurre en el caso del art. 1742 que permite al juez, al fijar la indemnización atenuarla si es equitativo, en función del patrimonio del deudor; también alude a la equidad el art. 1750, al establecer que el autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Aluden también a la equidad los arts. 332, 650, 1718 y 2507.

50. Los convenios colectivos de trabajo

El singular auge de los contratos colectivos de trabajo como medio de resolver los complejos problemas obreros, los ha convertido en una verdadera fuente de derecho. Hasta 1953 estos convenios obligaban solamente a los patrones y obreros afiliados a los organismos gremiales que los habían suscripto. Pero la ley 14.250 introdujo una reforma realmente revolucionaria al establecer su obligatoriedad, una vez homologados por el Ministerio de Trabajo, para todos los empleadores y trabajadores de esa actividad, sean o no afiliados a la asociación o sindicato que lo suscribió. Los convenios adquieren así fuerza obligatoria no solo para las partes, sino también para terceros.

Las proyecciones de este nuevo instrumento de regulación de las relaciones entre el capital y el trabajo son extraordinarias. La sociedad contemporánea parece encaminarse nuevamente hacia una organización estatutaria similar a la que existió en la Edad Media, y que fue destruida por el individualismo, que exaltó el imperio del contrato privado. La afirmación de los economistas liberales de que era buena y saludable una sociedad de competencia, donde cada individuo se defendía a sí mismo, se demostró falsa; la verdadera consecuencia resultó el desamparo que

se cierne sobre los individuos y que estos, por sí solos, no pueden afrontar. De ahí el desarrollo extraordinario de los sindicatos, que se han servido del contrato colectivo como medio esencial de la defensa del trabajador. Pero al mismo tiempo que los defiende, el sindicato, sin proponérselo, está clasificando a los obreros en una serie de órdenes sociales separados; esta situación aprisiona a aquellos en un sistema que circunscribe sus posibilidades y movilidad y que no estimula el esfuerzo individual. En los tiempos actuales el sindicalismo ha tomado una gravitación que muchas veces va más allá de la defensa de los intereses de sus agremiados al incursionar en el ámbito político, lo que en no pocas oportunidades se desnaturaliza su accionar al adherir a cuestiones propias de los partidos políticos.

§ 6.— Sistema de fuentes del derecho argentino

51. Orden jerárquico: supremacía de la Constitución Nacional y tratados con jerarquía constitucional

El derecho positivo argentino está organizado sobre la base de la supremacía de la CN y los tratados. Todas las restantes normas (leyes, decretos y ordenanzas) deben ajustarse a ella; y si no lo hicieren, la persona afectada puede pedir la declaración de inconstitucionalidad por vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este Tribunal es, pues, el guardián supremo de la Constitución.

Pero debajo de la CN están las leyes nacionales o provinciales (sobre ellas volveremos en el número siguiente); subordinados a estas están los decretos reglamentarios dictados por el Poder Ejecutivo. Finalmente, las ordenanzas municipales deben subordinarse a la legislación local.

Como se advierte, este complejo de normas constituye una pirámide jurídica cuyo vértice y punto de apoyo es la CN.

52. Leyes nacionales y provinciales

La CN deslinda el llamado derecho federal (que interesa a la Nación como tal) y el derecho común o local, reservado para las provincias. La idea central es que el derecho federal es de excepción y que, por tanto, toda materia no delegada en la Nación es propia de las provincias.

La legislación nacional abarca, según hemos dicho, toda la materia reservada al Estado federal: aduanas, contribuciones directas, relaciones con otros países, navegación de los ríos y mares. También son leyes nacionales los Códigos Civil y Comercial, Penal y de Minería, del Trabajo y Seguridad Social. Estas son materias de derecho común, que estrictamente debieron ser legisladas por las provincias; empero, la CN, con el propósito de unificar la legislación de todo el país, dispuso que fueran dictados por el Congreso Nacional.

Las Constituciones y leyes provinciales comprenden todos los poderes no delegados en el Gobierno Nacional por la CN o por convenios posteriores realizados entre la Nación y las provincias. En particular, les está reservado todo lo relativo a su organización interior, administración de justicia, régimen municipal, educación primaria, etc.

53. Las fuentes del derecho civil: reglas del Código

Al estudiar las fuentes en los números anteriores hemos pasado revista a todas las que tienen especial importancia para el derecho en general y para el derecho civil en particular. Ahora aludiremos a las normas específicas del Cód. Civ. y Com. sobre esta materia: los arts. 2º y 3º.

El art. 3º dispone que "el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada" y el art. 2º establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el contenido. Es decir, aunque el Cód. Civ. y Com. no dé solución, hay que dilucidar el pleito de un modo coherente. En otras palabras, si la ley no da satisfacción al caso, habrá que recurrir a otras fuentes. El propio Código le reconoce valor de tal a la costumbre (art. 1º); y ya se ha visto que también lo son la jurisprudencia, la doctrina, el derecho natural, los principios generales del derecho, la buena fe y la equidad.

54. Vigencia de la ley. Formas de derogación

La ley mantiene su vigencia hasta ser derogada por otra. La derogación puede ser expresa o tácita. En el primer caso, la nueva ley dispone expresamente la derogación de la anterior; en el segundo, la nueva ley resulta contradictoria o incompatible con la anterior. Esta colisión se resuelve naturalmente por la prevalencia de la ley posterior; este principio se expresa diciendo que toda ley posterior deroga la anterior en lo que se le opone.

Sobre la hipótesis excepcional de la derogación de la ley por el desuso, véase nro. 52.

CAPÍTULO III - LOS CÓDIGOS EN LA ARGENTINA

A.— Movimiento universal de codificación

1. Codificaciones antiguas y modernas

El fenómeno de la codificación, que implica la reunión de las leyes vigentes en un cuerpo orgánico, introduciendo a veces en ellas

innovaciones profundas, se ha repetido con tanta frecuencia en la historia de la cultura humana, que puede considerarse como una ley natural de la evolución jurídica. Obedece a diversas y poderosas causas: la necesidad de ordenar y simplificar las múltiples normas esparcidas en leyes y costumbres diversas; la conveniencia de unificar el derecho de un país, en los casos en que sus distintas regiones o provincias tengan leyes diferentes, como medio de asegurar la unidad nacional; finalmente, el deseo de consolidar las grandes reformas que introducen las revoluciones sociales.

El fenómeno se observa desde la más remota antigüedad. Las Leyes de Manú, quizá la más antigua de las codificaciones conocidas, el Antiguo Testamento, el Corán, reunían preceptos religiosos, morales y jurídicos. Pero los primeros grandes códigos jurídicos fueron los romanos (Código Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano) que culminaron finalmente en la codificación llevada a cabo por inspiración del emperador Justiniano y que se conoce con el nombre de *Corpus Juris Civilis*.

Merecen un lugar de honor entre las grandes codificaciones, las de la antigua legislación española: el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real, el Espéculo de las Leyes, las Siete Partidas (dictadas durante el reinado de Alfonso el Sabio, que constituyen un verdadero monumento legislativo), las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación, a las que debe añadirse la Recopilación de las Leyes de Indias.

2. Codificación moderna

Pero el movimiento de codificación moderno se produce recién a raíz de la aparición del Código General de Prusia, publicado en 1794, que abarcaba todas las ramas del derecho; y, sobre todo, del Cód. Civil francés, sancionado en 1804, que tuvo una influencia inmediata y fecundísima en la legislación universal. Fue redactado por una comisión de cuatro jurisconsultos (TRONCHET, PORTALIS, BIGOT DE PRÉAMENEU y MALEVILLE) y sancionado con la intervención directa y bajo las instancias de Napoleón, que fincó en él, no sin razón, una de sus más legítimas glorias. Su estilo claro y preciso, su método y su coherencia, demostraron palpablemente las ventajas de la codificación civil sobre el estado anárquico de la legislación anterior; su ejemplo fue bien pronto seguido por todos los países modernos, con excepción de los anglosajones, siempre apegados al *common law*.

Es necesario destacar una profunda diferencia entre las codificaciones antiguas y las modernas, a partir del Código Napoleón; los códigos antiguos carecen de la unidad y la coherencia de los modernos; son, más bien, vastas recopilaciones, ajustadas a un cierto método, donde se entremezclan leyes dictadas por diferentes legisladores en distintas

épocas y que, por ello mismo, no obedecen a un sistema coherente y son a veces, incluso, contradictorias entre sí; son sumamente extensas y difusas, y abarcan todo el derecho; los códigos modernos, por el contrario, responden a ciertas ideas centrales, a una determinada concepción filosófica, económica o política, que le confiere unidad a todo el sistema; y es natural que así sea, pues son dictados por un legislador en un solo momento; además, están redactados en un estilo concreto y breve, y, solo comprenden una rama del derecho: el civil, el comercial, el procesal, etc.

3. Inconvenientes y ventajas de la codificación

Este movimiento universal hacia la codificación se ha llevado adelante no sin vencer ciertas resistencias. En Alemania, SAVIGNY lanzó todo el peso de su gran autoridad para oponerse a su avance. En un célebre opúsculo publicado a principios del siglo XIX sostuvo, siempre fiel a los principios de su escuela histórica, que el derecho era un producto de la vida social, que se iba formando espontáneamente en la conciencia popular; la codificación traba ese proceso espontáneo y contribuye a cristalizar el derecho, que deja así de responder a las necesidades sociales; y si ello no ocurriere, si no obstante la codificación, la formación popular del derecho continuara su natural devenir, tal suele ser la fuerza de la vida del derecho, bien pronto el Código resultará superado e inútil.

En cambio, un núcleo de juristas cuya figura más destacada fue THIBAUD veía en la codificación un instrumento eficaz de la unidad alemana; se trabó entonces una ardiente polémica con SAVIGNY, que se ha hecho clásica. El tiempo demostró que aquellos tenían razón; pero, sin duda, el peso de la opinión de SAVIGNY retardó durante años el proceso de la codificación del derecho germánico.

Aún hoy los argumentos del gran jurista alemán no han perdido totalmente su valor. Es indudable que la codificación ofrece resistencia a la evolución del derecho y, por ello, resulta inconveniente en las ramas de muy reciente nacimiento, que se hallan en plena eclosión, sufriendo un proceso evolutivo acelerado. Buen ejemplo es la legislación del trabajo. Pero, en cambio, la codificación ha demostrado sus grandes ventajas en las otras ramas del derecho. La experiencia ha puesto de manifiesto que el peligro del estancamiento que tanto temía SAVIGNY, no se ha producido. Cada vez que así lo han aconsejado las circunstancias, se han introducido en los códigos las modificaciones necesarias para actualizarlos y ponerlos a tono con el momento; con la ventaja de que el respeto que impone siempre un Código ha impedido muchas veces improvisaciones dañosas.

Por lo demás, los beneficios de la codificación son bien notorios: a) confiere unidad y coherencia a todo el sistema legislativo evitando la anarquía de las leyes dispersas; b) facilita el conocimiento de la ley y, por consiguiente, su aplicación; c) en países de constitución federal, como el

nuestro, es un eficaz instrumento de la unidad nacional. Finalmente, cabe señalar que con frecuencia y, sobre todo, cuando la obra ha sido bien lograda, es un eficaz vehículo de la influencia cultural de un pueblo.

4. Principales códigos europeos y americanos de los siglos XIX y XX

Hemos destacado ya la trascendencia que tuvo el Cód. Civil francés dictado en 1804 sobre todo el movimiento posterior de codificación. Otros códigos europeos importantes son el español de 1889, el alemán de 1900, el suizo de 1907, el italiano de 1942 y el portugués de 1966. Entre los americanos debemos señalar al Código brasileño de 1916, el mexicano de 1932, el peruano de 1984 y el venezolano de 1942. Cabe destacar asimismo que Paraguay adoptó el Cód. Civil argentino, pero en 1987 se dio su propio Cód. Civil.

5. Decodificación del derecho civil y comercial

El Código es un instrumento valioso para ordenar, para sistematizar los grandes principios y reglas, pero no puede regularlo todo, afirma KEMELMAJER DE CARLUCCI, por eso el fenómeno imparable de la decodificación. Así hemos podido asistir, antes de la sanción del Cód. Civ. y Com., a la sanción de numerosas leyes que deberían haber formado parte del Código, como, por ejemplo, la regulación en su momento de la ausencia con presunción de fallecimiento o la ley de adopción o la ley de propiedad horizontal, por citar algunas leyes especiales que se sancionaron y no integraron el Código hasta que se hizo una reforma parcial del Código de VÉLEZ; ni qué decir de la reforma constitucional de 1994. Todo esto pone de manifiesto que en muchos casos la rigidez de un Código va en contra de la celeridad de los tiempos que nos tocan vivir.

Por otra parte, el proceso de constitucionalización del derecho privado, hoy comprensivo de los tratados de Derechos Humanos, expresamente reconocidos en los arts. 1º y 2º del Código, ponen de manifiesto una nueva visión mucho más abarcativa del derecho.

B.— Antecedentes de la sanción del Código Civil

6. Necesidad de su sanción

En la segunda mitad del siglo XIX, la sanción de un Cód. Civil era ya una necesidad impostergable para nuestro país.

La legislación española imperante en América era muy vasta, difusa y no pocas veces contradictoria. El asombroso desarrollo que por esa época estaba tomando el país hacía necesario poner orden y claridad en las relaciones jurídicas y adaptar el derecho a los nuevos tiempos que se estaban viviendo. Además, había también una razón de nacionalismo jurídico: era preciso afirmar nuestra independencia política, consumada

hacía muchos años, con la independencia legislativa, pues según ya lo hemos dicho, seguíamos rigiéndonos por la legislación española.

Finalmente, la sanción de los Códigos y, sobre todo, del más importante de ellos, que es el Civil, era un instrumento eficacísimo para consolidar la unidad nacional, que indudablemente se hubiera resentido seriamente si las provincias mantenían en vigencia sus propias leyes o dictaban otras nuevas, en substitución de la arcaica legislación entonces vigente.

Todas estas graves razones crearon una conciencia general de que la sanción del Cód. Civil era impostergable.

7. VÉLEZ SARSFIELD es designado para redactar el Código

Después de algunas tentativas infructuosas, en 1863 el Congreso vuelve sobre el problema de la codificación, autorizando al Poder Ejecutivo a designar comisiones redactoras de los Códs. Civil, Penal, de Minería y de las ordenanzas del ejército (6 de junio). Hubo de transcurrir más de un año todavía para que el presidente MITRE, en decreto refrendado por el ministro de Instrucción Pública, don Eduardo COSTA, designara como redactor del Cód. Civil a don DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD.

VÉLEZ SARSFIELD se consagró a la tarea con un tesón ejemplar y, en poco más de cuatro años, pudo dar término a su labor. En agosto de 1869 el proyecto fue enviado al Congreso Nacional, el que lo trató a libro cerrado y lo sancionó por la ley 340 el 25 de septiembre de aquel año, estableciendo que debía entrar en vigencia el 1º de enero de 1871.

C.— PERSONALIDAD DEL CODIFICADOR

8. Su vida pública

Don DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD nació en Amboy, departamento de Calamuchita, Córdoba, el 18 de febrero de 1800. Su vida, larga y fecunda, había de cubrir el período más interesante de la historia patria: las invasiones inglesas, la Revolución de Mayo, la guerra de la independencia, las luchas civiles, el gobierno de Rosas, Caseros, la organización constitucional definitiva. A partir de 1824, VÉLEZ SARSFIELD habría de ser un actor de primera línea en todos estos acontecimientos.

Cursó sus estudios en el Colegio Monserrat, de la ciudad de Córdoba; a los dieciocho años se recibió de bachiller en artes y dos años más tarde, de bachiller en leyes. De acuerdo con las exigencias de la época, para poder ejercer su profesión de abogado, debió realizar dos años de práctica forense, que él hizo en el bufete del doctor DÁMASO GIGENA. Finalmente, en diciembre de 1822 tomó posesión de estrados.

Con su título bajo el brazo, afirmada la confianza en sí mismo, sintió la ambición de actuar en Buenos Aires, el gran escenario político de la

época. Su parentesco con el gobernador de San Luis, JOSÉ SANTOS ORTIZ, de quien era cuñado, le facilitó el camino. Por aquella época se reunió en Buenos Aires el Congreso General Constituyente de 1824; SANTOS ORTIZ lo designó como diputado por su provincia. Hasta la incorporación de AMANCIO ALCORTA, en 1820, VÉLEZ SARSFIELD fue el diputado más joven del Congreso. Bien pronto se destacó por su capacidad y su infatigable espíritu de trabajo. Su versación en economía política le valió ser designado profesor de esa materia en la universidad, aun cuando solo llegó a dar muy contadas lecciones. Fue uno de los que votaron la desafortunada Constitución unitaria de 1826, que tantos trastornos ocasionaría al país. A VÉLEZ le tocó llevar su texto a las provincias de Cuyo y presentarlo a FACUNDO QUIROGA; pero este, enterado de su misión y ya en abierta pugna con el régimen rivadaviano, se negó a recibirlo. La caída de RIVADAVIA y el triunfo de la Federación lo relegaron a un segundo plano, del que pudo emerger nuevamente merced a la amistad que le brindó QUIROGA, de quien fue abogado y consejero. Esta amistad le dio "honra y provecho" en la sociedad federal de Buenos Aires. En aquella época empezó su renombre como abogado y como jurista. Su clientela era la más importante del foro porteño; su estudio, el más prestigioso. Pero la muerte de sus protectores, QUIROGA y SANTOS ORTIZ, en Barranca Yaco, y su inocultable simpatía por los unitarios, lo hicieron sospechoso. Poco a poco, sus clientes ralearon y desaparecieron. En 1842 se embarca para Montevideo. La pobreza, la amargura del destierro, la añoranza de la patria, tan próxima y tan lejana, lo mueven a gestionar el perdón de ROSAS, que consiguió en 1846.

Reinstalado en Buenos Aires, obtiene la devolución de sus bienes, que le habían sido embargados, logra la estimación del Restaurador, que le encarga algunos dictámenes de suma importancia y estrecha una gran amistad con Manuelita, de cuya tertulia fue asiduo concurrente.

Estos años de gobierno de ROSAS fueron trascendentales en la vida de VÉLEZ. Alejado de las funciones políticas por sus vinculaciones con el bando vencido, dedicó su gran caudal de energías y su singular capacidad de trabajo al estudio del derecho. Más de veinte años de incesante labor y de meditación, puestas al servicio de una vocación poderosa, hicieron de él el erudito y sabio jurisconsulto que había de revelarse en la redacción del Cód. Civil.

Después de Caseros, no dejó ya de ocupar un lugar de primerísima fila en la conducción política del país. Miembro de la Legislatura porteña elegida luego de aquella batalla, impugnó con todo el poder de su talento parlamentario aunque sin razón el Acuerdo de San Nicolás, en las famosas sesiones de junio. Producida la segregación de Buenos Aires, VÉLEZ SARSFIELD, a pesar de ser provinciano, se desempeñó en ella como hombre de consejo: fue ministro de Gobierno y Relaciones

Exteriores de OBLIGADO y de ALSINA, asesor de Gobierno, reorganizó y dirigió el Banco de la Provincia, negoció los tratados de convivencia con la Confederación juntamente con JUAN B. PEÑA, fundó y dirigió El Nacional; desarrolló una extraordinaria labor parlamentaria; después de la batalla de Cepeda fue miembro de la Convención provincial que aprobó la Constitución de 1853, con algunas reformas. Más tarde es elegido senador nacional (1862), ministro de Hacienda de MITRE (1862-63), del Interior de SARMIENTO (1868-72). Entre tanto, en 1864, había recibido el encargo de la gran obra, el Cód. Civil.

Murió el 30 de marzo de 1875. En su larga vida, VÉLEZ SARSFIELD había podido ser testigo del portentoso desarrollo de nuestro país; había tenido el honor y la satisfacción de ser uno de sus gobernantes más conspicuos y de sentir el peso de su autoridad en la decisión de todos los grandes problemas nacionales; pero lo que quizá no llegó a imaginar cabalmente es que muy pocos argentinos tendrían tanta influencia como la tuvo él en el destino y en la prosperidad de nuestra patria, a través de su obra legislativa.

9. Su labor jurídica

Ya antes de la redacción del Cód. Civil, VÉLEZ había puesto de manifiesto su capacidad de jurista en importantes trabajos. Entre ellos, cabe recordar los siguientes:

1º) Editó las *Instituciones de Derecho Real de España*, del jurista guatemalteco JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ, que desde 1833 había sido prescripta como texto en la enseñanza universitaria; VÉLEZ prologó y anotó la obra, añadiéndole algunos estudios sobre temas de derecho civil; 2º) en 1834, editó y anotó el *Manual de práctica forense*, de MANUEL ANTONIO CASTRO, jurista salteño cuya obra había de ser insustituible durante largos años para el estudio del derecho procesal; 3º) anotó y concordó los *Elementa iuris civilis* y las *Recitationes in elementa iuris civilis* de HEINECCIUS; 4º) con motivo del conflicto entre el gobierno argentino y el papa, con relación al patronato, escribió por encargo de ROSAS un trabajo que tituló *Derecho público eclesiástico.*

En 1850, escribió una memoria titulada *El gobierno de la Iglesia del Estado Oriental*; 5º) también por encargo de ROSAS, escribió una memoria sobre *Discusión de los títulos de Chile a las tierras del Estrecho de Magallanes*. Este trabajo es complementario de un estudio de don PEDRO DE ANGELIS y demuestra la legitimidad de los derechos argentinos a una región pretendida por Chile; 6º) redactó en colaboración con ACEVEDO el Cód. Com. para la provincia de Buenos Aires, que entró en vigencia en 1857 y que luego fue adoptado para todo el país en 1862; la principal labor recayó sobre ACEVEDO, VÉLEZ SARSFIELD trazaba las directivas y luego corregía y adicionaba los originales que aquel proyectaba.

Fue autor, además, de numerosos trabajos sobre temas jurídicos, históricos y económicos; fundó y dirigió *El Nacional*, periódico de combate. Ya anciano, tradujo la *Eneida* de VIRGILIO: era la manera de descansar de ese trabajador infatigable.

D.— LAS FUENTES

10. Clasificación

Los códigos, leyes y obras de doctrina que sirvieron de fuente a VÉLEZ SARSFIELD pueden clasificarse para su mejor estudio de la siguiente manera: a) el derecho romano; b) la legislación española y el derecho patrio; c) el Cód. Civil francés y sus comentarios; d) la obra de FREITAS; y e) otras fuentes.

11. a) El derecho romano

Es esta la fuente primera de toda la legislación moderna, en materia de derecho privado. En Roma tienen su origen, todas o casi todas las instituciones jurídicas actuales que, naturalmente, han experimentado la influencia de los profundos cambios de la economía y de la técnica del mundo contemporáneo; pero la ciencia del derecho nació en aquel pueblo.

El derecho romano influyó en la obra de VÉLEZ, ya directamente, por medio de los mismos textos del *corpus iuris*, ya indirectamente, a través de sus comentaristas.

Era proverbial su conocimiento del latín. Cuando Sarmiento le ofreció el Ministerio del Interior, él le contestó, burlándose de sí mismo: "¿Viene usted buscando el latín?". El conocimiento de aquel idioma le permitió tomar contacto directo con los venerables textos de la codificación justinianea.

Entre los antiguos romanistas que más frecuentó y estudió VÉLEZ, deben citarse a VINNIUS, HEINECCIUS, CUJAS y POTHIER. También conoció y aprovechó la obra magna de DOMAT, sobre leyes civiles.

Más modernas para la época en que se proyectó el Código eran las obras de MAYNZ, MACKELDEY, ORTOLÁN y MOLITOR, tan útiles aún hoy, sobre todo la primera. Pero entre los romanistas, sin duda el que influyó más en el espíritu de VÉLEZ fue el sabio jurista alemán FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY, cuya obra magna *Sistema del derecho romano actual*, en su versión francesa, llegó a sus manos en el momento en que se encontraba entregado a la tarea de redactar el Código. Esta obra habría de serle utilísima sobre todo en lo que atañe a las personas jurídicas, las obligaciones, la posesión y la admisión del principio del domicilio como base de la determinación de la ley que debe regir el estado y la capacidad de las personas.

12. b) La legislación española y el derecho patrio

Sobre la influencia que la legislación española y el derecho patrio tuvieron en la redacción del Código, se suscitó una vieja polémica en el momento de su aparición. ALBERDI, cuya estatura de jurista ha sido reducida a sus exactas dimensiones por CHANETON, sostuvo con todo desenfado que aquel derecho había sido puesto de lado por VÉLEZ. Esta opinión halló fácil eco en aquella época, e, inclusive, llegó a ser recogida por un jurista de la talla de COLMO.

Ya el mismo VÉLEZ había respondido que "si el doctor ALBERDI hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de Código, hubiera encontrado que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen la nota de una ley de Partidas, del Fuero Real, de las Recopiladas". Que esta ha sido la fuente fundamental de nuestro Código, está ya fuera de toda posible discusión.

VÉLEZ fue un jurista de cultura esencialmente romano-hispana. Tenía un conocimiento profundo de ambos derechos, tan íntimamente ligados entre sí; así lo prueban de modo concluyente sus anotaciones a las *Instituciones* de ÁLVAREZ y a los *Elementos y Recitaciones* de HEINECCIUS. Si las referencias a la legislación española y al derecho patrio no son más frecuentes en sus notas, ello se debe a que, siendo aquel el derecho vigente y conocido, las referencias parecían superfluas. Pero el Código continuó la tradición jurídica del país; en lo que innovó profundamente fue en la técnica legislativa. Unidad, orden, método, claridad, todo eso significó en nuestra legislación el Cód. Civil; y para ello VÉLEZ se valió de lo mejor de la doctrina y legislación extranjeras. No queremos con esto afirmar que los antecedentes extranjeros solo influyeron en el Código en el aspecto de la técnica jurídica; pero sí que el codificador tuvo en cuenta fundamentalmente el derecho vigente en nuestro país y que el foráneo le sirvió para perfeccionar nuestras instituciones, pero no para substituirlas por otras extrañas a nuestra sociedad.

Pero VÉLEZ SARSFIELD no tuvo en cuenta solamente la legislación imperante en nuestro país, sino también sus costumbres. No fue él lo que suele llamarse un teórico del derecho; fue, por el contrario, un jurista en el sentido integral de la palabra; no de aquellos que beben su ciencia en el sosiego de su biblioteca, ajenos a cuanto no sea la amistad de los libros, tratadistas y códigos, sino de los que viven intensamente la vida del derecho en el ejercicio de la profesión, y, sobre todo, en la actuación política y como gobernante.

VÉLEZ conocía muy bien la sociedad argentina; una larga vida con permanente preocupación de bien público, le había brindado dilatada experiencia; fue, sin duda, un jurista de muy vasta erudición, pero tenía

firmemente plantados sus pies en la realidad nacional. Conocía, por lo tanto, las costumbres patrias y las respetó; y si en el art. 17 el Cód. Civil disponía que las costumbres solo pueden crear derechos cuando las leyes se refieren a ellas, es por una razón de técnica legislativa; pero de ningún modo obedece a una hostilidad hacia las costumbres imperantes en nuestro medio. Estas, o bien fueron incorporadas al Código sin mencionarlas, o bien fueron adoptadas, mencionadas y convalidadas en numerosas disposiciones.

13. c) El Código Civil francés y sus comentaristas

Hemos aludido ya a la vastísima influencia que tuvo el Código Napoleón en el movimiento universal de codificación (v. nro. 88). Esa influencia se hizo sentir también en el nuestro. Según SEGOVIA, de los 2282 artículos con que aquel cuenta, la mitad han sido reproducidos por VÉLEZ, si bien solamente 145 se han copiado. Sin embargo, esta estadística induce a error y exagera notablemente la influencia del Código francés, porque si numerosas disposiciones de nuestro Código son semejantes a las de aquel, es porque este a su vez las ha tomado del derecho romano. Sin duda alguna, la influencia mayor del Cód. Civil francés se produjo en el terreno de la técnica jurídica.

Los comentaristas franceses que más fueron tenidos en cuenta por VÉLEZ son MERLIN, TOULLIER, MOURLON, DUVERGIER, TROPLONG, DURANTON, DEMANTE, MARCADÉ, ZACHARIAE, AUBRY y RAU y DEMOLOMBE. El tratado de AUBRY y RAU es una de las obras maestras del derecho civil francés, y aún hoy puede ser considerado con ventaja. Lo mismo ocurre con el de DEMOLOMBE, menos sistemático y completo, pero pleno del interés que le confiere una prosa vivaz y apasionada.

Aparecen también citados en algunas notas del Código: MASSÉ y VERGÉ, DELAMARRE, VAZEILLE, CHABOT, DEMANGEAT, CHARDON, COIN-DELISLE, MARTOU, PERSIL ROGRON, POCHANET, BRESOLLES, MORAL y algunos otros.

14. d) La obra de FREITAS

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS fue un eminente jurista brasileño, contemporáneo de VÉLEZ SARSFIELD, que alcanzó renombre continental con la aplicación del derecho portugués y brasileño que se llamó *Consolidação das Leis Civis.* En 1933 artículos había conseguido ordenar y clasificar un inmenso material legislativo. A raíz del éxito logrado en esta tarea, que le fue encomendada por el gobierno de su país, recibió el encargo de proyectar el Cód. Civil (1858).

Después de más de diez años de labor, FREITAS, desanimado y descontento de su obra, la dejó inconclusa, pues no llegó a redactar el libro de sucesiones, concurso de acreedores y prescripción. Aun así,

su *Esboço* llegó a contar con más de 4.900 artículos. En realidad, era un anteproyecto sobre el que su autor pensó redactar más tarde el proyecto definitivo. Ello explica la extensión y el excesivo casuismo que lo caracterizan. Pero, no obstante ello, el *Esboço* fue sin duda una obra admirable por lo novedoso y acertado de su método (en el que por primera vez en la codificación civil se agrupó separadamente la parte general), por la firmeza de los principios que la inspiran y la seguridad con que los sigue, y por la claridad de su redacción. VÉLEZ no ocultó su admiración por la obra del jurista brasileño y en su nota de remisión del proyecto manifestó que había tomado muchísimos artículos del *Esboço*. Esta influencia se nota, sobre todo, en materia de extraterritorialidad de la ley, personas jurídicas, nulidades, etc.

15. e) Otras fuentes

Sirvieron también de fuente a nuestro Código, otras leyes y juristas, recordados en las notas.

Entre los códigos civiles debemos mencionar al chileno, obra de BELLO, que VÉLEZ juzgaba muy superior a los europeos y que, según SEGOVIA, ha servido de fuente a 170 artículos; el del Estado de Luisiana de 1824, que inspiró 52 artículos; de los Estados Sardos; el italiano de 1865, que VÉLEZ conoció cuando se hallaba entregado a la tarea de la redacción del Código; el prusiano de 1794, el sajón y el bávaro; el austríaco de 1811; el ruso, que era más bien una compilación que un código.

Entre los autores, cabe mencionar a FLORENCIO GARCÍA GOYENA, autor de un proyecto de Cód. Civil para España, que fue muy útil a VÉLEZ; a STORY y FOELIX para los problemas de derecho internacional privado; a SERRIGNY, autor de una obra sobre derecho administrativo; a KENT, CHAUVEAU-HELIE, MASSÉ; a los viejos tratadistas CUJUS, HEINECCIUS, DOMAT y POTHIER, a SOLÓRZANO, GREGORIO LÓPEZ y ANTONIO GÓMEZ, comentaristas de las leyes españolas.

E.— El método

16. Plan del Código Civil

Según el propio VÉLEZ SARSFIELD lo dijo, el plan a que había de ajustarse su obra fue uno de los problemas que más lo preocuparon.

Inspirándose sobre todo en el *Esboço* de FREITAS, pero sin respetarlo totalmente, adoptó el siguiente método:

El Código está dividido en dos títulos preliminares y cuatro libros. Los títulos preliminares tratan, el primero sobre las leyes, y el segundo del modo de contar los intervalos del tiempo.

El Libro Primero trata de las personas. Está dividido en dos secciones: la primera para las personas en general y la segunda para las personas en las relaciones de familia.

El Libro Segundo se divide en tres secciones: la primera trata de las obligaciones; la segunda de los hechos y actos jurídicos; y la tercera de los contratos.

El Libro Tercero se refiere a los derechos reales.

El Cuarto está dividido en tres secciones: la primera trata de las sucesiones; la segunda de los privilegios; y la tercera, de la prescripción.

Este método significó un notable mejoramiento con respecto a los Códigos vigentes en ese momento, y muy particularmente sobre el francés, modelo de los demás y objeto de unánime admiración.

17. El método en la legislación moderna

El Cód. Civil alemán, que entró en vigencia el 1º de enero de 1900, tuvo las proyecciones de un verdadero suceso jurídico, por el rigor de su técnica legislativa y el acierto de su método.

La gran innovación metodológica consistió en la agrupación de las materias de la parte general que, según lo hemos dicho, había sido ya proyectada por FREITAS. Los libros siguientes tratan sobre obligaciones y contratos, derechos reales, familia y sucesiones.

La resonancia mundial alcanzada por el Código alemán pareció imponer definitivamente este método en la codificación. Pocos años más tarde, en 1916, el Brasil puso en vigencia su excelente Código, adoptando un método semejante.

Sin embargo, los Códigos más recientes no han seguido esta corriente que parecía definitivamente triunfante. Los de Suiza (1912) y de Italia (1942), ambos de gran mérito técnico-científico; los de México (1932), Perú (1936) y Venezuela (1942), han preferido no reunir las materias de la parte general en una sección o libro aparte.

18. El método en los proyectos de reforma y en la enseñanza

BIBILONI siguió los pasos del Código alemán y dividió el Código en una parte general y partes especiales que tratan sucesivamente familia, obligaciones, contratos reales, sucesiones y prescripción.

En el Proyecto de 1936 se siguió un método similar: el Libro Primero trata de la parte general, el segundo de las relaciones de familia, el tercero de las obligaciones y contratos, el cuarto de los derechos reales y el quinto de sucesiones.

El Anteproyecto de 1954 dedica el primer libro a la Parte General, el segundo a familia, el tercero a sucesiones, el cuarto a obligaciones y contratos y el quinto, a derechos reales e intelectuales.

En la enseñanza universitaria se ha adoptado un método parecido: el primer curso de derecho civil está dedicado a la parte general; el segundo, a obligaciones; el tercero, a contratos; el cuarto, a derechos reales; y el quinto, a familia y sucesiones.

Cabe agregar que la parte general comprende los basamentos del derecho civil: la teoría de la interpretación y aplicación de la ley y sus efectos con relación al tiempo y al territorio; el sujeto de derecho, sus atributos y su capacidad; el objeto del derecho (teoría general del patrimonio y los bienes); los actos jurídicos (condiciones de validez, causa, objeto, modalidades, forma, vicios, nulidades) y la extinción de las relaciones jurídicas (prescripción, caducidad).

19. Las notas

El Cód. Civil argentino presentó una característica muy singular, como es la de que los artículos llevan al pie notas en las que VÉLEZ expone los fundamentos de la solución adoptada, o bien transcribe leyes o párrafos de tratadistas, o se limita a citarlos.

La agregación de estas notas, que importan un hecho anómalo en la codificación civil, obedece a que en el oficio que le remitió a VÉLEZ el Ministro de Justicia, don EDUARDO COSTA, comunicándole su designación para redactar el Código, le sugirió que anotase los artículos y sus correspondencias o discrepancias con las leyes hasta ese momento vigentes y con las de las principales naciones del mundo.

Estas notas son valiosísimas desde el punto de vista doctrinario. VÉLEZ muestra en ellas su singular versación jurídica y sano criterio; en pocas palabras plantea el problema, resume los argumentos y escoge con seguridad y casi siempre con acierto, la solución. El Código se convirtió, gracias a ello, en un verdadero tratado de derecho civil comparado, utilísimo en su época y en nuestro medio, tan pobre entonces de bibliografía jurídica.

Se han señalado en ellas numerosas erratas y aun contradicciones con el texto del artículo. Es clásica la que hay entre los arts. 2311 y 2312 y la nota al pie del primero. Las causas son algunas imputables al codificador y otras no. Ocurría que a veces rehacía todo un título o modificaba una disposición, sin alterar las notas preparadas para la redacción primera. La inmensa tarea que pesaba sobre él, le hizo descuidar un poco esta parte de su trabajo, consciente de que, en definitiva, lo que realmente importaba era el texto del Código, que era lo único que tenía fuerza de ley. Así, por ejemplo, casi todas las notas del Libro IV fueron trasladadas de los

cuadernos a los originales del proyecto por el escribiente VICTORINO DE LA PLAZA, sin que VÉLEZ hiciera nunca el expurgo de esas referencias. Pero no es eso todo. Más tarde, GARCÍA y CARRANZA, encargados de vigilar la edición de Nueva York, como también RUIZ DE LOS LLANOS y CHAVARRÍA, encargados de la edición de "La Pampa", introdujeron numerosas modificaciones en los textos originales.

No obstante ello, las notas conservan todavía hoy un gran valor doctrinario. Naturalmente, carecen de fuerza legal, lo que no implica, sin embargo, negarles interés interpretativo.

F.— DISTINTAS EDICIONES Y LEYES DE FE DE ERRATAS

20. Distintas ediciones del Código Civil

A medida que VÉLEZ iba entregando los distintos libros del proyecto, el Poder Ejecutivo los hacía imprimir a fin de que se fueran conociendo, facilitando así su discusión y crítica. El primer libro se imprimió en la Nación Argentina; los siguientes en la imprenta de Pablo Coni.

Esta edición resultó con numerosas erratas, por lo que SARMIENTO decidió encargar una nueva a la casa Hallet y Breen de Nueva York. Esta segunda edición, llamada de Nueva York, resultó con muchísimas alteraciones del texto original, las que habían sido introducidas por el ministro argentino en Washington, don MANUEL GARCÍA, y por CARLOS CARRANZA, a quienes SARMIENTO había encargado la supervisión del trabajo, autorizándolos, con esa arbitrariedad tan propia de él, a introducir todas las correcciones que estimaran prudentes. Cuando la edición llegó a Buenos Aires, se levantó la consiguiente protesta entre los opositores al Presidente, que lo acusaban, no sin razón, de pretender modificar una ley del Congreso. SARMIENTO designó entonces una comisión compuesta por VICTORINO DE LA PLAZA y AURELIO PRADO, quienes informaron que habían encontrado más de 1.800 correcciones. Este informe dio lugar a que en agosto de 1872 el Congreso dictara una ley declarando oficial la edición de Nueva York, con una planilla de 24 erratas que se agregó a la edición.

Después de la sanción de la segunda Ley de Fe de Erratas, se encargó una nueva edición a la imprenta La Pampa, la que fue declarada oficial en diciembre de 1882.

21. Leyes de Fe de Erratas de 1872 y 1882

La primera Ley de Fe de Erratas, de 1872, fue la que se dictó al declararse oficial el texto de la edición de Nueva York. Se aprobaron entonces 24 erratas.

La segunda se dictó en 1882. Su origen es el siguiente: Las deficiencias de la edición de Buenos Aires y los errores de la de Nueva York movieron

al senador BENJAMÍN PAZ a proyectar una nueva Ley de Fe de Erratas. En su proyecto original solo había 29 correcciones; pero al pasar por ambas Cámaras las enmiendas llegaron a 285. Casi todas ellas no son sino correcciones de evidentes erratas de la edición neoyorquina; pero algunas introdujeron importantes reformas. Puede citarse el caso del art. 325, que fue totalmente alterado al agregarle una cláusula según la cual la filiación no podía demostrarse después de la muerte de los padres, si el pretendido hijo no había gozado de posesión de estado, requisito este que no existía en el texto original.

G.— JUICIO CRÍTICO

22. Las cualidades del Código de VÉLEZ SARSFIELD

El Cód. Civil fue dictado en pleno auge del individualismo; por consiguiente, no podía dejar de responder a esa tendencia. Por lo demás, si bien es evidente que el individualismo se nutre en raíces anticristianas, su auge se debió en buena medida a que polarizó una justa reacción contra el absolutismo feudal. Pero la experiencia histórica ha demostrado que aquella doctrina conduce a abusos irreparables, a la explotación de los débiles por los fuertes y, en definitiva, a la negación de la libertad humana, que es precisamente su pretendido fundamento.

Todos estos efectos inevitables del liberalismo individualista no se habían hecho sentir todavía en toda su intensidad en el año 1870. Y nuestro país necesitaba urgentemente una legislación que fuera eficaz instrumento de trabajo y de colonización. Por eso VÉLEZ aseguró los derechos individuales, protegió la propiedad en términos que hoy nos resultan inaceptables, y la liberó de todas las trabas que pudieran obstaculizar su función económica de producción o impedir la libre circulación de la riqueza. A ello se debió la extinción de censos, capellanías y mayorazgos, la igualdad en la partición hereditaria, el sistema de la legítima y la supresión de las hipotecas tácitas. Fomentó la iniciativa privada, eliminando los obstáculos y frenos que pudieran hacerles perder su fuerza. De ahí el art. 1071, que no ponía diques al ejercicio de los derechos; por ello mismo rechazó la lesión enorme, la interdicción del pródigo, la limitación de los intereses.

Sin duda alguna el país necesitaba el aporte inmigratorio, el estímulo al trabajo del hombre. En este sentido, el Código cumplió cabalmente su misión colonizadora: fue el instrumento eficacísimo del extraordinario desarrollo económico experimentado por el país.

Hay que contar asimismo, entre los grandes aciertos de VÉLEZ, el haber seguido la tradición jurídica romano-hispánica de nuestro país. Fue, sin duda, un innovador en muchas materias en que la reforma legislativa se imponía; pero no se dejó deslumbrar por instituciones foráneas, ajenas a

nuestro estilo de vida y a nuestras costumbres, que supo valorar cabalmente y respetar.

Desde el punto de vista formal, el método adoptado por VÉLEZ importó un singular acierto. Las materias estaban distribuidas de manera razonable y lógica, no obstante que desde el punto de vista teórico el plan seguido fuera susceptible de perfeccionamiento.

23. Sus defectos

Ya hemos dicho que el individualismo del Código no puede contarse entre los desaciertos de VÉLEZ: fue simplemente un producto de la época. Pero el mundo contemporáneo no soporta ya la supervivencia del liberalismo individualista.

Hoy no podría continuar rigiendo nuestro Código tal como fue sancionado en 1869. Y, sin duda, esto no pasó siquiera por la mente de su autor. Un Código no es una obra eterna; aun el más perfecto debe ir adaptándose a la evolución del mundo social. Es lo que ha ocurrido también en nuestro país.

Sucesivas reformas parciales han transformado profundamente el sentido individualista de nuestra legislación.

Cabe señalar también algunos vacíos, como, por ejemplo, la falta de legislación sobre nombre; la omisión de la adopción; no organizó el Registro de la Propiedad, limitándose a establecer el arcaico sistema de la tradición, insuficiente desde el punto de vista de la publicidad de la transmisión del dominio.

Debemos poner asimismo, del lado de los defectos, su redacción descuidada. Es una lástima que VÉLEZ, que era muy capaz de redactar bien, como lo demuestran numerosos artículos y notas perfectamente logrados, en un estilo breve y conciso, muy del gusto literario moderno, no haya puesto más empeño en este aspecto de su tarea. Muchas veces su sintaxis es confusa y alambicada. Había, además, disposiciones sobreabundantes e inútiles, que daban al Código una innecesaria extensión.

Abusaba también de las definiciones; pero creemos que en este punto las críticas han sido exageradas. Convenimos en que es preferible que la ley no se ocupe de teorizaciones, y en que es peligroso encerrar los conceptos jurídicos en definiciones que, con el tiempo, pueden convertirse en moldes demasiado estrechos, en los que queda aprisionada la evolución del derecho. Pero también es cierto que, en muchos casos, las definiciones son indispensables: lo han demostrado las modernas codificaciones, que a pesar de la excelencia de su técnica jurídica, quizá, por ello, no han podido prescindir de formularlas. Y algunas veces el acierto de VÉLEZ ha sido singular, como por ejemplo, el admirable art.

944 que definía el concepto de actos jurídicos y permitió formular en nuestro país una teoría clara en esta materia tan importante, alejando el peligro de las ambigüedades, vacilaciones y caos doctrinarios que sobre el mismo punto existen en otros países.

No obstante ello, es indudable que el doctrinarismo del Código resultaba hoy algo excesivo. VÉLEZ incurrió en este defecto, no por ignorancia de que lo era, sino porque creyó que de esta manera facilitaba la comprensión y aplicación de su obra, en un medio no preparado aún, por la carencia absoluta de doctrina jurídica, para digerir fórmulas técnicas demasiado perfectas.

Como conclusión, debemos resumir nuestro juicio sobre el Código afirmando que fue una obra excelente para su tiempo, tanto desde el punto de vista de su técnica, como de su contenido, y que sirvió de admirable instrumento para el desenvolvimiento económico del país.

H.— LAS REFORMAS

24. Las reformas parciales

La evolución técnica, económica y social producida en el mundo entero desde la sanción del Código de VÉLEZ, debía necesariamente reflejarse en la reforma de la legislación civil. Desde la época de su sanción, el Cód. Civil ha sufrido numerosas reformas. De ellas hemos de recordar tan solo las importantes.

1º) La ley 2393 de matrimonio civil de 1889; 2º) la Ley Orgánica de Tribunales, que crea el registro de la propiedad, hipotecas, embargos e inhibiciones; 3º) la ley 3594, que crea el registro de mandatos; 4º) la ley 9151 sobre escrituras públicas; 5º) la ley 9511 sobre inembargabilidad de sueldos; numerosas leyes posteriores han establecido la inembargabilidad de otros bienes: 6º) la ley 9644 sobre prenda agraria; 7º) la ley 19.551 y 24.522 sobre concursos civiles y comerciales; 8º) la ley 11.357, que modificó esencialmente el *status* de la mujer casada; 9º) las leyes 7092, 9510 y 11.723, de derechos intelectuales; 10) las numerosas leyes sobre arrendamientos urbanos y rurales; 11) la ley 13.512 sobre propiedad horizontal; 12) las leyes 13.252, 19.134 y 24.779, de adopción; 13) la ley 14.367 que modificó profundamente la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio; 14) la ley 14.394 sobre divorcio, bien de familia, menores y ausencia con presunción de fallecimiento; esta ley quedó derogada, en cuanto al divorcio, por decreto del 1º de marzo de 1956, divorcio que finalmente fue restablecido mediante la ley 23.515; 15) la ley 15.875 sobre escrituras públicas; 16) la ley 16.504 modificatoria del art. 2º del Código; 17) la ley 25.326 sobre protección de los datos personales y hábeas corpus; 18) la ley 25.506 sobre la firma digital; 19) la ley 26.140 que suprimió la fe de conocimiento; 20) la ley 26.579, sobre

mayoría de edad y supresión de la habilitación de edad; 21) la ley 26.618 de matrimonio igualitario.

25. La ley 17.711

En el año 1966, el Poder Ejecutivo Nacional designó una Comisión para estudiar la reforma del Cód. Civil. Estaba constituida por los doctores José María López Olaciregui, Dalmiro Alsina Atienza, Alberto G. Spota, Roberto Martínez Ruiz, Abel M. Fleitas, José F. Bidau y Guillermo A. Borda. Por distintos motivos, renunciaron sucesivamente los tres primeros, no sin antes haber realizado un importante aporte a la labor de la Comisión.

La primera cuestión que se abordó fue si la reforma debía ser total o parcial. Este último fue el criterio que predominó. Se consideró preferible mantener la vieja estructura del Código, pero acoger las modificaciones sustanciales que exigía el nuevo derecho.

La Comisión entregó su trabajo a principios de 1968, convirtiéndose el proyecto en la ley 17.711, dictada el 22 de abril de 1968 y que empezó a regir el 1º de julio del mismo año. Con fecha 15 de octubre de 1968 se sancionó la ley 17.940 que tiene carácter de fe de erratas de la anterior y agregó una disposición transitoria en materia de prescripción.

La ley 17.711 significó una profunda renovación de nuestro derecho civil. El estudio de sus disposiciones permite señalar cuáles fueron los principios o lineamientos generales que inspiraron la reforma:

a) Importó un cambio de la filosofía liberal, individualista y positivista de nuestro Código por otra de contenido más social, más humano, preocupada por una justicia más auténtica. Ello se logró principalmente a través de la admisión de la teoría del abuso del derecho, de la lesión, de la imprevisión, de una muy frecuente apelación a la buena fe y la equidad para resolver los conflictos humanos, y de la muy importante reforma del art. 2513, que siguiendo las ideas del liberalismo manchesteriano, atribuía al dueño poderes omnímodos, inclusive los de degradar y destruir la propiedad. El nuevo texto suprimió esas potestades inicuas y prescribe que debe hacerse un ejercicio regular de la propiedad, lo que implica reconocerle su función social.

b) La modernización del derecho civil no resultó solo del cambio de filosofía, sino también de haberle imprimido la dinámica apropiada a esos tiempos: se fijó la edad de la mayoría en los 21 años; se amplió notablemente la capacidad de los menores de 18 años, con lo que se tomó en cuenta la mayor precocidad y ansias de liberación de la juventud moderna; se admitió la emancipación dativa al lado de la derivada del matrimonio y se aumentó el ámbito de su capacidad; se introdujo la teoría del riesgo creado en materia de hechos ilícitos; se admitió la mora

automática en las obligaciones a plazo, terminando con el vetusto sistema de la interpelación; se introdujo el pacto comisorio tácito en los contratos; se admitió el divorcio por mutuo consentimiento; se abreviaron los plazos excesivamente prolongados de prescripción, etc.

c) Se mejoró la situación de la mujer casada, poniéndola en un pie de completa igualdad con el marido; y se hizo más estrecha y vital la sociedad conyugal al exigir el consentimiento del cónyuge para poder disponer de los más importantes bienes del matrimonio, con lo que al propio tiempo, se protegió a los cónyuges (y principalmente a la mujer) de las enajenaciones inconsultas, inconvenientes o fraudulentas del cónyuge administrador.

d) Se procuró acentuar la seguridad jurídica, protegiendo a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, y a quienes adquirieron un inmueble por boleto de compraventa.

e) Se acentuó la penetración de la idea moral en el derecho positivo a través de la admisión de la teoría del abuso del derecho, de la lesión, de una muy reiterada referencia a la buena fe y a la equidad como pautas decisorias de conflictos humanos, de la condena de la malicia, etc.

f) Se amplió notablemente el campo de acción y de decisión de los jueces, al prescribirles fallar en numerosos casos según equidad o de acuerdo con las circunstancias del caso, lo que les permite decidir los juicios con una gran flexibilidad de criterio y hacer la justicia concreta del caso.

Para completar esta idea general de la reforma, recordaremos la modificación del sistema de los efectos de la ley con relación al tiempo; el reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho; una nueva regulación de las personas jurídicas; la introducción en nuestro derecho positivo de una institución de gran importancia, la inhabilitación; la reforma de algunas disposiciones sobre tutela y curatela; la admisión de las astreintes; la indemnización del daño moral no solo en los hechos ilícitos sino también en los contratos; la reforma de distintas disposiciones en materia del contrato de compraventa, locación de obra, sociedad, donación y mandato; la modificación de numerosas reglas en materia de derechos reales; la exigencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad para la transmisión del dominio, sin prescindir de la escritura pública ni de la tradición; presumió la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario, trastrocando la anterior solución del Código; se establecieron nuevas reglas sobre colación y sobre el orden hereditario.

El conjunto de todas estas reformas fue de una trascendencia tal, particularmente por el cambio de filosofía y por su adecuación a la dinámica moderna que no fue aventurado afirmar que a partir de la reforma producida por la ley 17.711 el país contó con un nuevo Cód. Civil

o, por lo menos, con un Cód. Civil profundamente renovado y distinto del que redactara VÉLEZ SARSFIELD.

26. La ley 23.264

La ley 23.264 introdujo una profunda reforma en el régimen de la filiación y lo que antes se denominaba patria potestad. Estableció la igualdad total entre los hijos legítimos y extramatrimoniales, inclusive en lo que atañe a sus derechos hereditarios. Recíprocamente, eliminó toda diferencia en cuanto a derechos y obligaciones de los padres extramatrimoniales (aunque fueran adulterinos o incestuosos) respecto de sus hijos.

Asimismo, estableció el ejercicio compartido de la patria potestad entre el marido y la mujer, que el Cód. Civil reservaba al padre y solo lo reconocía a la madre en caso de muerte, ausencia o pérdida de la patria potestad del primero. En cuanto a los padres separados, reconoció el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que tuviera la tenencia del hijo menor. Esta solución se aplica tanto a los padres legítimos como a los extramatrimoniales.

27. La ley 23.515

La reforma fundamental de esta ley fue la incorporación nuevamente del divorcio vincular en nuestro país, que había regido muy brevemente, como se ha señalado y que se legisló paralelamente a la simple separación personal. Es decir, que los cónyuges podían optar ya sea por la separación personal, que no disolvía el vínculo, o por el divorcio, que sí lo disolvía.

Asimismo, introdujo nuevas causales de separación y divorcio: las alteraciones mentales graves de carácter permanente, el alcoholismo o drogadicción de uno de los cónyuges, y la separación de hecho sin voluntad de unirse durante un período de tiempo que era de dos años para la separación personal y de tres para el divorcio.

28. La cuestión de la reforma integral

La profunda evolución social y económica del mundo contemporáneo, hizo surgir nuevamente la cuestión de la reforma integral del Código de VÉLEZ. El problema era, en verdad, delicado. A lo largo de su vida, más que centenaria, el Código dio lugar a un muy valioso aporte doctrinario y a una no menos importante jurisprudencia. Todas sus disposiciones han sido sopesadas, analizadas, coordinadas y valoradas. La vida del derecho, el funcionamiento del Código si se nos permite el término, ha puesto de manifiesto sus defectos y cualidades. Y aquellos han sido subsanados en lo más importante, unas veces mediante la reforma legislativa y otras mediante una inteligente elaboración jurisprudencial. Ello originó una dura resistencia a la aprobación de reformas integrales.

29. El Anteproyecto de Bibiloni

El 2 de julio de 1926 el Poder Ejecutivo Nacional creó una Comisión compuesta por nueve miembros, bajo la presidencia de un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e integrada por representantes de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital, de la Academia de Derecho de Buenos Aires, de las Facultades de Derecho de Buenos Aires, La Plata, Córdoba y del Litoral, y del Colegio de Abogados de Buenos Aires, con el cometido de proyectar una reforma general del Cód. Civil.

La Comisión designó de inmediato a Juan A. Bibiloni para redactar un Anteproyecto sobre el que más tarde trabajaría aquella. Bibiloni había ganado justa fama de jurista desde su cátedra de la Facultad de Derecho de Buenos Aires. No era, sin duda, un publicista, a tal punto que su única obra es precisamente el Anteproyecto; no por ello fue menor su influencia en su generación, ejercida a través de sus alumnos.

El Anteproyecto le llevó seis años de dura labor y constituyó un antecedente valiosísimo para las posteriores reformas que se hicieron al Código de Vélez y también para el nuevo Cód. Civ. y Com.

Siguiendo el ejemplo de Vélez, anotó numerosas disposiciones de su Proyecto. Estas notas, escritas en un estilo polémico y vivaz, dan la medida exacta de su talento, más brillante que profundo, pero siempre lúcido.

30. El Proyecto de 1936

Bibiloni falleció poco después de entregar su trabajo. La Comisión reformadora juzgó que era necesaria una revisión general del Anteproyecto y así lo hizo. Para lograr unidad en la sintaxis, se encargó a Héctor Lafaille y Gastón Federico Tobal la redacción definitiva. Finalmente, con fecha 1º de octubre de 1936, el Proyecto fue enviado al Poder Ejecutivo Nacional, con la firma de Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz y Gastón Federico Tobal. A su vez, el Poder Ejecutivo lo elevó al Congreso Nacional, en donde nunca fue considerado. No obstante sus innegables méritos científicos y técnicos, el Proyecto de 1936 ha sido recibido con frialdad, suscitando escasos y no muy entusiastas comentarios doctrinales.

31. Anteproyecto de 1954

En 1954 se concluyó un nuevo Anteproyecto de Código realizado por la Dirección de Institutos Jurídicos del Ministerio de Justicia, bajo la dirección del Dr. Jorge J. Llambías. Se trata de una obra moderna, ajustada a un excelente método y que significa una importantísima contribución al estudio de la reforma del Código. El texto viene acompañado de concordancias y notas que acrecientan su interés.

32. Otros proyectos de reformas

En 1991 el Congreso aprobó la Ley de Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales. Significaba un señalado avance en cuanto esa unificación era requerida en forma prácticamente unánime por la doctrina. Empero, algunas de sus disposiciones contrariaban la Ley de Convertibilidad, eje de la política económica emprendida por el gobierno nacional; otras importaban soluciones evidentemente disvaliosas. Ello provocó críticas y movió a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y al Colegio de Abogados de Buenos Aires a pedir al Poder Ejecutivo su veto total, lo que así ocurrió.

Luego de ello, el Poder Ejecutivo designó una Comisión integrada por los Dres. AUGUSTO C. BELLUSCIO, SALVADOR D. BERGEL, AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, JULIO CÉSAR RIVERA, FEDERICO VIDELA ESCALADA y EDUARDO A. ZANNONI para elaborar un nuevo proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales. La Comisión se expidió el 26 de marzo de 1993, el Poder Ejecutivo hizo suyo el proyecto y lo envió al Senado para su aprobación. Pero, simultáneamente, la Cámara de Diputados de la Nación aprobó otro proyecto de reforma total del Cód. Civil, el cual recogió las críticas que se habían hecho a la vetada ley de 1991, pero ambos proyectos perdieron estado parlamentario y no obtuvieron su sanción.

33. Comisión de reformas

El Poder Ejecutivo Nacional entendiendo que los proyectos del Senado y de la Cámara de Diputados eran incompatibles creó una Comisión de reformas al Cód. Civil integrada por los Dres. HÉCTOR ALEGRIA, ATILIO A. ALTERINI, JORGE H. ALTERINI, ANTONIO BOGGIANO, AUGUSTO C. BELLUSCIO, AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, MARÍA J. MÉNDEZ COSTA, JULIO CÉSAR RIVERA y HORACIO ROITMAN, para que se abocaran a la unificación del derecho privado de manera total integrando instituciones que acompañaran la modernización del país para así contar con un cuerpo único adecuado a la época.

La comisión propuso una vasta reforma entre las que cabe mencionar: que la vida de las personas comienza desde la concepción, suprimiendo la alusión que se hacía en la legislación vigente en ese momento al seno materno; la reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años; la reducción de la legítima hereditaria; la eliminación del testamento cerrado; que el cónyuge herede al otro, en los bienes gananciales, como un hijo más; la extensión de la protección del bien de familia a favor de la persona que vive sola, que no tiene familia; la incorporación de contratos como el *leasing*, la concesión, la franquicia, el derecho de superficie, etc. Este nuevo proyecto que tenía aciertos y errores tampoco se cristalizó.

34. El Código Civil y Comercial

Finalmente, el 23 de febrero del año 2011 el Poder Ejecutivo Nacional creó por dec. 191/2011 una "Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación" que quedó conformada por los Dres. RICARDO LUIS LORENZETTI, a la sazón Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Dra. ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, también integrante del máximo tribunal del país y la Dra. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, quien se desempeñara como Jueza del Tribunal Superior de Justicia de Mendoza. Como señaláramos, el objeto de la comisión era que finalmente se redactara un Cód. Civ. y Com. unificado, objetivo este que varias veces había sido propuesto, pero que nunca había logrado cristalizarse.

Puesta en funciones la Comisión, esta designó como secretario al Dr. FEDERICO DE LORENZO y a más de noventa juristas, entre los que se encontraban tres extranjeros, para que colaboraran en la redacción del Cód. Civ. y Com. unificado.

Un año más tarde la Comisión de Reformas se expidió y entregó el Proyecto al Poder Ejecutivo Nacional, el día 27 de marzo de 2012. Este luego fue remitido para su tratamiento a la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, no sin antes haber producido importantes reformas. El Congreso resolvió designar una Comisión Bicameral para analizar la reforma propuesta y someter el proyecto a una consulta popular.

La Comisión realizó varias audiencias en el recinto del Congreso de la Nación, y en distintos lugares del interior del país, con el objeto de recibir las sugerencias que tanto instituciones como personas individuales les hicieran llegar. Cabe señalar, que las iniciativas formuladas tanto en forma individual como a través de instituciones no tuvieron acogida.

Finalmente con los resultados obtenidos el Proyecto fue girado al Poder Ejecutivo el 27 de marzo del 2012.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos realizó una nueva revisión del proyectado Código y eliminó algunas propuestas, tal como, por ejemplo, la maternidad subrogada, e introdujo nuevas modificaciones conformando así el texto definitivo.

Por último, el Código proyectado fue girado al Senado de la Nación para su tratamiento el que fue aprobado por esta Cámara el 27 de noviembre de 2013 y, girado a la Cámara de Diputados, donde obtuvo su aprobación definitiva el 7 de octubre de 2014, bajo la ley 26.994. La entrada en vigencia fue prevista para el 1º de enero del año 2016, pero pocos meses más tarde, mientras se debatía si debían las autoridades que asumieran los destinos del país, suspender la entrada en vigencia del nuevo Código, las autoridades nacionales aduciendo que el Código había sido suficientemente debatido y era ampliamente conocido por la ciudadanía y

por los magistrados y abogados que debían aplicar las nuevas normas, decidió adelantar su entrada en vigencia al 1º de agosto de 2015, evitando así, la posible derogación o suspensión de su entrada en vigencia.

Con el transcurso del tiempo podremos ver los aciertos de la reforma, como así también se pondrán de manifiesto sus errores. El análisis de la nueva normativa que hagan, tanto jueces, como juristas y abogados dará, sin lugar a duda, un marco interpretativo de un Código que no tiene mayores referencias. Las contradicciones que sin duda resulten y las imperfecciones propias de una tarea tan compleja y de la que participaron tantas personas no funcionando como equipo, sino en compartimentos estancos lleva a pensar que en un tiempo no muy lejano nuestros legisladores deberán sancionar las leyes que enmienden y corrijan los errores que se han producido.

El debate está planteado, prueba de esto son no solo las arduas discusiones en las 25ª Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el mes de octubre de 2015 y las 26 Jornadas Nacionales llevadas a cabo en la ciudad de La Plata en el año 2017, sino también las innumerables conferencias y mesas redondas llevadas a cabo en los últimos tiempos con el fin no solo de aclarar puntos obscuros, sino de marcar los diferentes criterios interpretativos.

El Cód. Civ. y Com. está dividido en un Título Preliminar y seis libros.

El Título Preliminar trata de las fuentes del derecho, de las reglas interpretativas, del modo de contar los intervalos del tiempo, de los principios generales del derecho, de los derechos individuales y de incidencia colectiva, de los derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios y de los derechos sobre el cuerpo humano.

El Libro Primero denominado Parte General, se encuentra dividido en cinco títulos que tratan de la Persona humana, de la Persona jurídica, de los Bienes, de los Hechos y actos jurídicos y de la Transmisión de los derechos.

El Libro Segundo, referido a las relaciones de familia, aborda el Matrimonio, el Régimen patrimonial del matrimonio, las Uniones convivenciales, el Parentesco, la Filiación, la Adopción, la Responsabilidad parental y los Procesos de familia.

El Libro Tercero desarrolla los derechos personales, esto es, las Obligaciones en general, los Contratos en general, los Contratos de consumo, los Contratos en particular y otras fuentes de las obligaciones.

El Libro Cuarto está referido a los derechos reales; el primer título trata las Disposiciones generales, los otros títulos tratan sobre la Posesión y tenencia, el Dominio y Condominio, como así también la Propiedad horizontal, los Conjuntos inmobiliarios, el derecho de Superficie, el

Usufructo y el Uso y Habitación, el régimen de Servidumbre, los Derechos reales de garantía, y el último de este Libro sobre las Acciones posesorias y acciones reales.

El Libro Quinto trata la transmisión de derechos por causa de muerte, las Sucesiones, la Aceptación y renuncia de la herencia, la Cesión y Petición de herencia, la Responsabilidad de los herederos y legatarios, la Liquidación del pasivo, el Estado de indivisión, lo referido al Proceso sucesorio y la Partición, la Sucesión intestada y la testamentaria, como así también la Porción legítima.

Por último, el Libro Sexto trata las disposiciones comunes a los derechos personales y reales, esto es, la Prescripción y caducidad, los Privilegios, el Derecho de retención y las Disposiciones de derecho internacional privado.

CAPÍTULO IV - EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO

§ 1.— Fecha de entrada en vigencia

1. Distintas hipótesis

El art. 5º del Cód. Civ. y Com. establece: "Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen".

Reitera de esta manera el criterio del art. 2º del derogado Cód. Civil que había sido reformado por ley 16.504, que establecía que "Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial".

Por consiguiente, nuestro sistema de entrada en vigencia de las leyes distingue dos hipótesis distintas: 1º) que la ley designara la fecha de su entrada en vigor o 2º) que no la designare.

2. Caso en que la ley señala la fecha de su entrada en vigor

En este caso, la ley es obligatoria desde el momento señalado en ella. Podía ocurrir que la trascendencia de la reforma legislativa impusiera un plazo mayor que el fijado en la segunda parte del art. 2º; así, por ejemplo, el Cód. Civil sancionado en 1869, entró en vigencia recién el 1º de enero de 1871; el Cód. Penal de 1921, seis meses después de su promulgación, el Cód. Civ. y Com. fue sancionado el 1º de octubre del 2014 y entraba en vigencia el 1º de enero del 2016, aunque posteriormente por una nueva ley se adelantó su entrada en vigencia para el 1º de agosto de 2015, etc.

Otras veces, por el contrario, la urgencia de la medida podía llevar al legislador a prescindir del plazo de ocho días para los departamentos de campaña; inclusive, en algunos casos podía disponerse que la ley se aplicara con retroactividad, es decir, a relaciones y hechos jurídicos ocurridos con anterioridad a su sanción.

3. Caso en que la ley no establece la fecha del comienzo de su vigencia

El art. 2º del Cód. Civil, en su redacción originaria, establecía que cuando las leyes no designaban tiempo, regían en la Capital al día siguiente de su publicación y en los departamentos de campaña ocho días después de publicada. Por departamentos de campaña se entendía el resto del país. Tal sistema no se justificaba, pues significaba que durante ocho días la Capital Federal estaba sometida a una ley distinta que el resto del país. De ahí que se propiciara insistentemente la unificación de la fecha de la entrada en vigencia, hasta que finalmente la ley 16.504, dictada en 1964, puso fin al problema, estableciendo que las leyes entran en vigencia después de los ocho días de su publicación oficial, sin distinguir entre la Capital y el resto del territorio, criterio este que ha sido ratificado en el nuevo Código en su art. 5º.

4. La ley alude a la publicación oficial

No interesan, por tanto, a los efectos de la vigencia de la ley, la publicación en órganos periodísticos privados. Por publicación oficial se entiende la hecha en el Boletín Oficial.

5. Legislación comparada

En la legislación comparada se han seguido dos sistemas distintos para resolver el problema del comienzo de la vigencia de las leyes: a) de acuerdo con un primer sistema, la vigencia depende de la distancia entre el lugar de la publicación y aquel en donde la ley debe aplicarse; así, por ejemplo, en México las leyes son obligatorias tres días después de su publicación en el periódico oficial; para los lugares apartados, el plazo se amplía a razón de un día cada cuarenta kilómetros (art. 3º, Cód. Civil); el Cód. Civil chileno establecía en su art. 7º una similar previsión, hoy derogada. Estas legislaciones se inspiraban en el Código Napoleón que establecía un sistema según el cual la ley entraba en vigor en la capital al día siguiente de su publicación; en el resto del país el plazo aumentaba a razón de un día cada diez miriámetros de distancia pero, a partir de la ley del 5 de noviembre de 1870, en Francia las leyes entran en vigencia 24 horas después de que el ejemplar del Boletín Oficial en que se publicaron haya llegado a la capital del distrito; b) de acuerdo con un segundo sistema, hoy predominante, las leyes son obligatorias desde el mismo día en todo el país: el Cód. Civil uruguayo, en su art. 1º establece la entrada

en vigencia de la ley luego de 10 días de verificada su promulgación, reservando al poder ejecutivo la determinación de la forma de promulgación.

Por su parte, el art. 2º del Cód. Civil español establece que las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su publicación completa en el Boletín Oficial, si no disponen otra cosa. Similar previsión contempla el código italiano en su art. 10, estableciendo un plazo de 15 días, salvo disposición en contrario de la propia ley.

El actual Cód. Civil chileno establece en su art. 7º que la publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de este se entenderá conocida por todos y será obligatoria. También prevé la posibilidad de que la propia ley establezca otro plazo.

Por su parte, el Cód. Civil peruano carece de disposición al respecto, reservándose la Constitución Política de dicho país la regulación al respecto, estableciendo en su art. 107 la vigencia de las leyes al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición en contrario de la misma ley.

§ 2.— El principio de la irretroactividad de las leyes

6. Ubicación del problema

El principio de que las leyes disponen para el futuro, a partir de la fecha de su publicación, parece obvio, pues no se ve cómo podrían ser obligatorias antes de hallarse en vigencia. No obstante, las leyes pueden en algunos casos (no siempre) retro-obrar, modificando hechos y actos, o efectos de ellos, producidos con anterioridad a su sanción. A manera de ejemplo, podemos citar el caso de una ley que grave con impuestos actos realizados con anterioridad a su vigencia.

Las leyes de este tipo afectan la seguridad individual; de ahí que casi todos los códigos civiles, e inclusive algunas constituciones extranjeras, hayan inscripto entre sus preceptos el principio de la irretroactividad de la ley.

Pero si por un lado la aplicación retroactiva de la ley afecta, sin duda, la seguridad individual, por otro es evidente que la sociedad está interesada en que la nueva ley tenga el mayor ámbito de aplicación posible; porque siendo la última, debe presumírsela más justa que la anterior. Si no lo hubiere considerado así el Poder Legislativo, no la hubiese dictado.

Resulta de este modo, una colisión entre la seguridad individual, interesada en el respeto de las situaciones y derechos nacidos al amparo de la vieja ley, y la mayor justicia resultante de la nueva. La solución del problema es ardua, como hemos de verlo en los párrafos siguientes. En

primer lugar, veremos cuál es el sistema seguido en nuestro derecho positivo; enseguida, cuáles son las otras soluciones propuestas, y por último, hemos de exponer nuestra opinión.

A.— El sistema del Código Civil

7. El antiguo art. 3º: concepto de derechos adquiridos

El art. 3º del Cód. Civil establecía que "las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos". El principio de la irretroactividad aparecía confundido con el respeto de los derechos adquiridos. Las leyes eran retroactivas cuando afectaban derechos adquiridos al amparo de una legislación anterior; en cambio, si solo afectaban meras expectativas no habría propiamente retroactividad y la nueva ley debía ser aplicada (art. 4044, derogado por la ley 17.711).

Era fundamental, por consiguiente, precisar el concepto de derechos adquiridos, lo que, de primera impresión, parece simple. Cuando se dice: "He adquirido un derecho", "tengo un derecho adquirido", se sabe muy bien lo que se quiere expresar: se trata de un derecho que me pertenece, del cual soy titular; que está incorporado a mi patrimonio si es de índole económica. La expresión derechos adquiridos será quizá redundante, pero de todas maneras el concepto es claro hasta para los profanos. E, inclusive, podría afirmarse que lo es más para los profanos que para los juristas, que tienen ya deformada su noción con el conocimiento de la controversia sobre el punto.

Las dificultades comienzan cuando se pretende vincular el concepto de derechos adquiridos con el sistema de la irretroactividad de la ley. Es muy difícil, en verdad, que una ley nueva modifique otra anterior, sin afectar de una manera u otra los derechos adquiridos al amparo de aquella. Con razón ha podido decirse que si se consideran retroactivas las leyes que afectan derechos nacidos o adquiridos bajo la legislación anterior, todas las leyes, de cualquier clase, serían retroactivas.

En vista, pues, de que hay una contradicción lógica irreductible entre el deseo de proteger todos los derechos adquiridos y la necesidad de hacer posible el progreso jurídico mediante la reforma legislativa puesto que toda reforma implica afectar derechos adquiridos, los autores se empeñaron, no ya en precisar lo que es un derecho adquirido, pues eso es muy sencillo y todo el mundo lo sabe, sino cuáles son los derechos adquiridos que las leyes nuevas no pueden afectar. Es claro que, de este modo, resulta posible toda una gama de soluciones entre los dos extremos dados por la protección absoluta de todos los derechos adquiridos, y el imperio sin limitaciones de la nueva ley. Dentro de ese vasto campo, cada uno de los autores que se ha ocupado del tema ha dado su propia solución; pero es bien claro que ni su preocupación ni su

propósito, han sido definir lo que es un derecho adquirido, sino simplemente cuáles son, a su criterio, los derechos que las leyes nuevas deben respetar. De ahí que, dependiendo todo de opiniones personalísimas, el acuerdo haya sido imposible.

Todos los grandes juristas modernos coinciden unánimemente con este punto de vista y están de acuerdo en que la doctrina de los derechos adquiridos no puede dar solución alguna al problema de los efectos de la ley con relación al tiempo.

8. Leyes retroactivas y leyes que afectan derechos adquiridos

Por lo demás, a poco que se profundice el estudio de este problema, se advertirá que es desde todo punto de vista imposible identificar las leyes retroactivas con las que afectan derechos adquiridos. Dos ejemplos bastan para demostrarlo. Si se dictara una ley que dispusiera: "A partir de la publicación de la presente ley queda abolida la propiedad privada sobre la tierra", podría decirse que la ley es injusta, ruinosa para el país, contraria a nuestro estilo de vida, pero no podrá decirse que tiene efectos retroactivos, puesto que dispone solo para lo futuro. Y sin embargo, ha afectado radicalmente los derechos adquiridos de los propietarios. Si se dicta otra disponiendo la rebaja de las locaciones a partir de la fecha de su promulgación, podrá decirse que atenta contra los derechos de los propietarios, que debilita la confianza en la palabra empeñada, etc.; pero no que tiene efectos retroactivos, puesto que solo se ocupa del porvenir.

Retroactiva sería si hubiere dispuesto la rebaja de los alquileres con anterioridad a su vigencia y ordenara la devolución de lo ya percibido. En cambio, es indiscutible que ha afectado los derechos del locador.

9. El art. 4º: leyes interpretativas

El art. 4º disponía: "Las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto a los casos ya juzgados". La disposición jugaba así como una excepción a la regla del art. 3º; salvo los casos en que hubiera sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, estas leyes debían aplicarse retroactivamente, aunque se afectaran derechos adquiridos. Ahora bien: ¿es jurídicamente correcto hablar de leyes interpretativas? La expresión tiene dos significados distintos:

a) Se llaman así, en primer término, las supletorias de la voluntad de las partes, inexpresada en un acto jurídico; de ellas nos hemos ocupado en el nro. 41. b); b) se denominan también en esta forma aquellas que se dictan para interpretar o aclarar el sentido de otras anteriores.

Consideramos que hablar de leyes interpretativas o de interpretación legislativa o auténtica, aludiendo a la que de sus propias leyes hace el Poder Legislativo, es un verdadero contrasentido jurídico.

La interpretación es una operación lógico-valorativa mediante la cual se determina el recto sentido de una norma jurídica, en su relación con un caso dado. Es una tarea eminentemente judicial. El juez, que no tiene *imperium* para dictar la ley, es quien debe fijar su significado. En cambio, el legislador nunca interpreta. Él tiene *imperium* para legislar; si no le satisface la solución de la ley vigente, la modifica por otra nueva. Hablar de interpretación legislativa o auténtica es pues una evidente impropiedad. Si se insiste en ello es porque toda esta materia ha estado rodeada hasta el presente de la confusión imperante sobre la irretroactividad de la ley y de los derechos adquiridos. Veamos cómo se vinculan estas cuestiones.

El ejemplo típico y, puede decirse, casi el único que se da en la práctica de leyes interpretativas o aclaratorias es el de las impositivas. El caso es el siguiente. Cuando se crea un nuevo gravamen, el Poder Ejecutivo, que es el responsable de la administración y tiene sobre sus espaldas el problema siempre arduo de equilibrar el presupuesto, se inclina invariablemente por la interpretación más favorable al fisco; por el contrario, los jueces, que no tienen aquella responsabilidad y son más o menos indiferentes a las inquietudes del Poder Ejecutivo por equilibrar sus gastos, suelen interpretar las leyes fiscales con un criterio generoso para el que paga los impuestos, que es siempre el término más simpático de la relación fisco-contribuyente. De esta dualidad de criterio, que es relativamente frecuente, se originan demandas por repetición de impuestos que los tribunales han declarado ilegales; esos juicios son a veces numerosísimos y suelen poner en aprieto las finanzas públicas. Para salvar esta situación el Poder Legislativo sale en auxilio del Ejecutivo y dicta las llamadas leyes aclaratorias, cuyo resultado es que los juicios pendientes por repetición de impuestos deben fallarse de acuerdo con la nueva ley.

El expediente de las leyes aclaratorias ha permitido acallar los escrúpulos de quienes defienden la inviolabilidad del principio de la irretroactividad de la ley y de los derechos adquiridos. Se afirma, en efecto, que en este caso no hay retroactividad, porque como la ley nueva interpreta la anterior, estrictamente forma parte de esta, la integra, ya que no hace sino declarar cuál es su recto significado; de modo que la nueva ley debe aplicarse desde el momento en que entró en vigencia la anterior, sin que ello pueda considerarse retroactividad. La falacia del argumento es evidente. El recto significado de la ley anterior ya lo han fijado los jueces, que son los órganos naturales y constitucionales de interpretación y aplicación de la ley. La ley es lo que los jueces dicen que es. Y toda ley, que obligue a los jueces a fallar de modo distinto al que lo estaban haciendo hasta ese momento, importa una verdadera reforma de la

anterior. La retroactividad es evidente, porque la nueva ley se aplica a partir de la sanción de la que pretende aclarar.

Por lo demás, toda esta armazón teórica construida sobre el concepto de leyes interpretativas resulta inútil. Si se admite que el legislador puede apartarse del principio de la irretroactividad y dictar leyes con efectos retroactivos cuando lo estime necesario, basta que se les atribuya esos efectos para lograr el resultado apetecido, es decir, que los jueces fallen los casos pendientes o futuros de acuerdo con la nueva ley, aunque se refiera a hechos (en nuestro ejemplo, impuestos) anteriores a ella.

10. El art. 5º, Código Civil: leyes de orden público

Según el art. 5º del Cód. Civil (derogado por la ley 17.711) ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público. Lo que en otras palabras significaba que el principio de la irretroactividad no rige en este caso, y que las leyes de orden público pueden retro-obrar.

Sin embargo, la Corte Suprema, fiel a su principio de que las leyes no pueden afectar derechos adquiridos de orden patrimonial, declaró que ni siquiera las leyes de orden público pueden lesionarlos, pues es de toda evidencia que una disposición simplemente legal, como es el art. 5º del Cód. Civil, no puede prevalecer sobre una garantía constitucional. Por lo demás, es necesario tener presente que también la cláusula constitucional que protege la propiedad es una ley de orden público y, sin duda, de una jerarquía superior a cualquier ley del mismo carácter, precisamente por estar inscripta en la Carta Magna. Si, por lo tanto, se considera, como lo estimó la Corte, que la afectación de los derechos adquiridos importa una violación de esa garantía constitucional, ninguna ley, cualquiera que sea su carácter, puede tener validez.

Así planteada la cuestión, resultaba evidente que las leyes de orden público no jugaban ningún papel en el problema de la retroactividad en nuestro derecho positivo. Porque siendo el principio del art. 3º meramente legislativo, el Congreso podía dictar leyes retroactivas, fueran o no de orden público; salvo que esas leyes afectaran derechos adquiridos de orden patrimonial, en cuyo caso, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, no podían tener efectos retroactivos, sean o no de orden público.

11. Síntesis crítica del sistema del Código

De las páginas precedentes resultan las graves críticas a que se hacía pasible el sistema del Cód. Civil:

a) En primer lugar, confundió las leyes retroactivas con leyes que afectan derechos adquiridos, e hizo de esta idea confusa de los derechos adquiridos la base del sistema legal.

b) En segundo lugar, introdujo falsa y erróneamente el concepto de leyes interpretativas, que no juega ningún papel cierto en este problema.

c) Por último, el art. 5º era una disposición inocua, sin contenido ni aplicación posible.

Era pues de toda evidencia la necesidad de reformar el sistema legal y de aclarar ideas en torno al problema de la retroactividad. Fue lo que hizo la ley 17.711.

B.— La reforma de la ley 17.711

1.— La regla legal

12. El art. 3º reformado por la ley 17.711

El art. 3º en su nueva redacción, establecía: "A los contratos en curso de ejecución, no son aplicables las nuevas leyes supletorias. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

A los contratos en curso de ejecución, no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

Analizaremos sucesivamente el significado y alcance de los distintos párrafos de esta norma.

El primer párrafo sentó el principio de que a partir de su entrada en vigencia, las leyes deben aplicarse con la máxima extensión. No solo ya a los hechos y relaciones futuras, sino también a los que hayan nacido al amparo de la ley anterior y se encontraren en plena vigencia al dictarse la nueva ley.

Dos hipótesis principales son aludidas y quedan cubiertas por esta norma:

a) En primer lugar, las llamadas situaciones jurídicas generales, es decir, aquellos derechos que son regulados por la ley (y no por la voluntad de las partes) y que son uniformes para todos. Como ejemplos más importantes podemos citar los derechos reales, los derechos de familia, las leyes administrativas. En su contenido, el derecho de propiedad, el derecho de responsabilidad parental, los derechos conyugales, son iguales para todos. La nueva ley se aplica a todos esos derechos y a todos los modifica desde su entrada en vigencia.

b) En segundo lugar, las relaciones particulares derivadas de los contratos. La regla general, sentada en el primer párrafo del art. 3º es que también los contratos caen bajo el imperio de la nueva ley desde su

entrada en vigencia. Pero esta regla es solo aplicable a las leyes imperativas; si, por el contrario, la ley es supletoria, solo se aplica a los nuevos contratos, acordados con posterioridad a la vigencia de la ley, pero no a los que se encuentran en curso de ejecución (último párrafo, art. 3º).

Es razonable que así sea: las leyes supletorias tienen la misión de suplir la voluntad de las partes, cuando estas no la han manifestado; pero los contratantes pueden apartarse de sus disposiciones, modificarlas y derogarlas. En caso de que los contratantes callen es cuando estas normas tienen vigencia. Es evidente, por tanto, que ellas forman parte del contrato; que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordarlo en el contrato hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes.

Es claro que si la nueva ley da carácter imperativo a las normas que sustituyen los viejos preceptos supletorios, debe aplicarse de inmediato a los contratos en ejecución, porque en tal caso la nueva ley no permite el libre juego de la autonomía de la voluntad, allí donde la anterior lo permitía. Es dentro del campo en el que la nueva ley sigue respetando la voluntad de las partes y precisamente por eso, por integrar el acuerdo de voluntades, que la ley supletoria anterior sigue en pie.

El segundo párrafo del art. 3º deja sentado el principio general de que las leyes no tienen efectos retroactivos, sean o no de orden público, salvo disposiciones en contrario.

Dos aspectos de esta norma interesa destacar:

1) En primer lugar, ha quedado explicitado de modo categórico, que el principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo se aplica solo en el caso de que la ley no disponga lo contrario. En otras palabras: esta regla tiene solo aplicación en el supuesto de que el legislador, al dictar la ley, no disponga expresamente que esta se aplique retroactivamente. Con la restricción de que hablaremos más adelante, el legislador puede, por tanto, disponer la aplicación retroactiva de cualquier ley.

Es necesario decir que este era el sistema admitido bajo la vigencia del anterior art. 3º, no obstante que este se limitaba a establecer el principio de la irretroactividad, sin salvedad alguna. Y la razón era muy simple. Estando establecido el principio de la irretroactividad en una ley del Congreso (que eso es el Cód. Civil), era claro que otra ley del Congreso posterior podía dejar sin efecto el principio, ya fuera con carácter general, ya fuera con carácter especial y referido a una determinada ley.

Con la nueva redacción del art. 3º, esa solución ha quedado definitivamente consagrada con toda generalidad: el principio es que cualquier ley (sea ley, decreto u ordenanza) puede disponer su aplicación retroactiva.

Las únicas leyes respecto de las cuales la irretroactividad ha sido expresamente consagrada por la Constitución son las leyes penales: el Congreso no puede dictar leyes que permitan juzgar a un habitante de la Nación por un hecho anterior a su sanción, ni sacarlo de los jueces designados por las leyes antes del hecho de la causa (art. 18, CN). Cuando lo que está de por medio es la libertad del hombre, esta garantía deviene esencial.

2) El segundo aspecto de esta norma que interesa destacar es que el principio de la irretroactividad se aplica a cualquier ley, sea o no de orden público. En otras palabras: no por ser de orden público una ley es retroactiva. Era ya la solución admitida por la jurisprudencia bajo el régimen anterior, si bien la cuestión había suscitado algunas dudas originadas en el desafortunado art. 5º, hoy derogado.

El tercer párrafo del art. 3º dispone que la retroactividad establecida por la ley, en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Este principio se vincula con la jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual las nuevas leyes no pueden afectar derechos adquiridos de orden patrimonial. La nueva disposición acoge en lo sustancial la jurisprudencia de la Corte, pero le introduce dos variantes importantes: prescinde del concepto equívoco y erróneo de derechos adquiridos y extiende el alcance de la excepción a todo derecho amparado por garantías constitucionales.

Advertimos que el art. 3º se limita a establecer que no podrá afectarse retroactivamente un derecho amparado por la Constitución. En verdad, el concepto es más amplio. Un derecho protegido por la Constitución no puede ser afectado ni por leyes retroactivas ni por leyes que dispongan para lo futuro. Ello no significa que tales derechos deban mantenerse impolutos y que la ley no pueda modificarlos. Los puede modificar siempre que no los desnaturalice, que mantenga su esencia, que es lo que interesa conservar. Volvemos sobre este punto más adelante.

13. Cuándo son retroactivas las leyes

Eliminado definitivamente por la reforma del art. 3º el criterio de los derechos adquiridos para determinar cuándo una ley es retroactiva, tiene la mayor importancia fijar pautas claras para precisar si una ley debe considerarse retroactiva o no.

Por lo general, las relaciones y situaciones jurídicas no se realizan en un solo instante; se desarrollan en un cierto tiempo, de modo que la ley

nueva puede intervenir en un momento de ese desenvolvimiento; si esa ley afecta a las partes anteriores tiene efectos retroactivos; si por el contrario, solo se refiere a las partes posteriores, tiene efectos futuros. En otras palabras, las leyes son retroactivas en estas cinco hipótesis:

a) Cuando vuelven sobre la constitución de una relación o situación jurídica anteriormente constituida; como, por ejemplo, si se exigiera para acreditar el dominio de los actuales propietarios medios distintos de los que el Código determina.

b) Cuando vuelven sobre la extinción de una relación jurídica anteriormente extinguida; como, por ejemplo, si se dispusiera que todas las remisiones de deudas hechas con anterioridad a la ley y no formalizadas en escritura pública, son nulas.

c) Cuando se refieren a los efectos de una relación jurídica producidos antes de que las leyes se hallen en vigencia; por ejemplo, si una ley que limitara los intereses de los préstamos en dinero ordenase que todo el excedente de la nueva tasa que hubiera sido percibido con anterioridad a la sanción de la ley debe ser reintegrado al deudor.

d) Cuando atribuyen efectos que antes no tenían a ciertos hechos o actos jurídicos, si esos efectos se atribuyen por la vinculación del hecho o acto con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley; así, por ejemplo, es retroactiva una ley que grave con impuestos las actividades de una sociedad anónima ya constituida, si el impuesto se aplica a un período anterior a la publicación de la ley; en cambio, no será retroactiva si solo grava las actividades posteriores de esa misma sociedad.

e) Cuando se refieren en sus condiciones de validez y en sus efectos que ya se han producido, a los elementos anteriores de una relación o situación jurídica que se encuentra en curso de constitución o de extinción en el momento de la entrada en vigencia de la ley, siempre que estos elementos tengan un valor jurídico propio; tal, por ejemplo, la interrupción de una prescripción en curso; si una nueva ley, puesta en vigor después que la interrupción se produjo, la dejara sin efecto sería retroactiva.

Es muy útil señalar la distinción entre los efectos retroactivos y los que algunos autores (ROUBIER, SZASZY) llaman los efectos inmediatos de la ley, porque ambos han sido confundidos en la doctrina de los derechos adquiridos.

Hay efectos inmediatos y no retroactivos:

a) Cuando la ley anula o modifica, acrece o disminuye los efectos en curso de las relaciones o situaciones jurídicas, es decir, los que se producen después de su entrada en vigor, pero que resultan de relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley antigua; por ejemplo, si una ley ordena la reducción del interés de los préstamos en dinero a una tasa del

5%, reducción que se hará efectiva a partir de la publicación de aquella, en todos los contratos nacidos bajo la ley antigua y que todavía se hallen en curso de ejecución; o si modifica el contenido y aun la naturaleza de los derechos reales, por ejemplo, la propiedad; o si altera el régimen matrimonial.

b) Cuando vuelve sin retroactividad, es decir, respetando los elementos anteriores que tienen valor jurídico propio, sobre la constitución o extinción en curso de una relación jurídica; por ejemplo, cuando se modifica el plazo de una prescripción aún no cumplida.

La legislación propiamente retroactiva es escasa y poco peligrosa. Así precisado el sentido propio de lo que son efectos retroactivos de la ley, es evidente que la legislación retroactiva es escasa y poco peligrosa. Al legislador, aun al más revolucionario, no le interesa el pasado, le importa solo el porvenir. ¿A qué dictar leyes retroactivas? Por lo demás, la posibilidad de influir sobre el pasado es muy reducida; muchas veces, por más que el legislador intente hacer sentir retroactivamente el efecto de la ley no podrá conseguirlo; él tiene en sus manos el presente y en cierta medida, el futuro, pero el pasado, no. Ello explica por qué las leyes propiamente retroactivas son contadísimas y cuando lo son se fija la retroactividad en un corto lapso.

Buen ejemplo de lo que afirmamos es la famosa ley francesa sobre la transmisión gratuita de los bienes del 17 Nivoso, año II, que dispuso la reapertura de todas las sucesiones abiertas desde el 14 de julio de 1789 y la redistribución de los bienes, de acuerdo con el nuevo régimen sucesorio. Aun limitada en esa forma la retroactividad a un tiempo breve, la ley solo pudo cumplirse parcialmente, porque en muchos casos los bienes ya se habían transmitido a terceros o se habían gravado con derechos reales, lo que dio lugar a tal confusión e hizo nacer tales inconvenientes que tuvo que ser dejada sin efecto, en cuanto disponía la retroactividad, por otra ley del 27 de agosto de 1795.

Los ataques más peligrosos contra la seguridad jurídica no deben temerse, por consiguiente, de estas leyes, sino de las que modifican los derechos para el porvenir, que es el que en definitiva interesa.

14. Supresión de los arts. 4º y 5º del Código Civil

La ley 17.711 derogó los arts. 4º y 5º del Cód. Civil, que según se desprende de la crítica que les formuláramos, eran disposiciones que no tenían justificación. No está demás agregar que tanto la reforma del art. 3º como la derogación de los arts. 4º y 5º, siguieron las recomendaciones del III Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1961.

15. El Código Civil y Comercial

El nuevo Cód. Civ. y Com. en su art. 7º reitera el criterio establecido por la reforma de la 17.711 por lo que nos remitimos a lo expuesto precedentemente, salvo en lo que se refiere a los contratos en curso de ejecución en los que las nuevas leyes supletorias no son aplicables con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

C.— Imposibilidad de formular un derecho transitorio

16. El problema

El fracaso de la teoría de los derechos adquiridos ha hecho nacer la inquietud por encontrar un sistema que permita resolver los llamados conflictos de las leyes en el tiempo, o sea, los problemas que presenta el pasaje de una legislación a otra. El propósito perseguido es que las personas puedan saber de antemano que en el caso de una reforma legislativa tales derechos les serán respetados, no debiendo contar, en cambio, con tales otros. Estas normas de derecho transitorio harían posible una previsión, nos permitirían saber de antemano a qué elementos atenernos: serían, de tal modo, un factor indiscutible de seguridad.

A ello se deben los esfuerzos hechos por la doctrina universal para enunciar un derecho transitorio o intertemporal, que regiría los derechos subjetivos en caso de una reforma legislativa. Cabe agregar que estos esfuerzos han sido del todo estériles. Todos los sistemas propuestos han fracasado en la práctica.

La impotencia de los juristas para formular reglas fijas que han de regir los llamados conflictos de las leyes en el tiempo parece estar indicando que existe algo insalvable en este intento. Y, efectivamente, es así. No se puede reducir a normas rígidas, a principios inflexibles, lo que está sujeto a las infinitas variaciones y matices de la política legislativa.

En presencia de un cambio de legislación, se enfrentan dos principios que, en abstracto, son muy dignos de respeto: por un lado, la seguridad jurídica, interesada en conferir a la vieja ley el máximo de vigencia posible; por el otro, la justicia y el progreso, interesados en atribuir a la nueva ley el mayor campo de aplicación. Es imposible pronunciarse de antemano en un sentido u otro. Es imposible hacer prevalecer siempre la seguridad, porque ello implicaría la paralización del derecho; es igualmente imposible llevar todo por delante en nombre de la justicia y el progreso, porque estos están condicionados por la idea de seguridad, y porque sin esta no puede concebirse un orden justo que, por ser orden, la implica. Habrá casos en que el progreso que signifique la nueva ley no sea tanto que justifique arrasar de cuajo con los viejos derechos, y en la que la sobrevivencia de estos sea útil inclusive para prestar apoyo a los nuevos. Porque aquí se

produce esta consecuencia aparentemente paradójica: muchas veces, el respeto de los derechos nacidos al amparo de la legislación anterior, en vez de retacear o disminuir los nuevos derechos, les da una mayor fuerza y, sobre todo, una mayor perdurabilidad, porque se establece una continuidad jurídica que impondrá respeto al futuro legislador, del mismo modo que el actual ha respetado lo que fue. Habrá, en cambio, casos en que la justicia resultante de la vieja ley sea tan chocante a la nueva conciencia jurídica, que será necesario procurar que desaparezca todo vestigio del viejo régimen. Es este un problema esencialmente legislativo. Solo el legislador, representante directo del pueblo y en contacto inmediato con él, con sus problemas sociales y económicos, puede decidir en qué medida es conveniente la sobrevivencia de la vieja ley; es un problema de política y de prudencia legislativas. Por eso las Constituciones no deben contener ningún precepto de derecho transitorio, porque ello implica atar al legislador a soluciones rígidas, que no consultan las necesidades de la vida del derecho. La mejor solución puede ser fundamentalmente distinta si varían los casos y las circunstancias: si en algunos será utilísimo y aun necesario darle retroactividad a la ley, en otros, por el contrario, será preferible postergar sus efectos en relación con tal o cual hipótesis.

La prueba de este aserto es que allí en donde constituyentes demasiado previsores quisieron fijar en la Carta Magna el principio de la irretroactividad, no se ha tardado en buscar el camino para eludirlo, porque así lo han impuesto las circunstancias. Lo mismo ha ocurrido en nuestro país, cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema confirió rango constitucional a la protección de los derechos adquiridos patrimoniales; el mismo tribunal debió buscar caminos para eludir las consecuencias de su propia jurisprudencia.

¿Existen conflictos de leyes en el tiempo? Con frecuencia se habla de conflictos de las leyes en el tiempo. Nos parece esta una expresión errónea. Cuando una ley modifica o deroga otra anterior, no hay conflicto alguno: la única ley vigente es la última. Desde que esta se sancionó, la anterior dejó de regir, no es más una norma jurídica, pertenece a la historia del derecho. El juez no puede juzgar sino conforme a las reglas de derecho obligatorias; y solo tienen fuerza obligatoria aquellas reglas vivas que están en vigor en el momento en que el juez dicta su sentencia. La vieja ley no puede ser tomada en consideración a menos que la ley nueva, por otra razón cualquiera y, bajo ciertas condiciones, preste su fuerza a la vieja ley. En el fondo, aun en esta hipótesis es la nueva ley la que estatuye, la que ordena, porque es ella la que está dando vida a la anterior.

El único caso en que podría hablarse con propiedad de conflicto de leyes en el tiempo es aquel en que la Constitución estableciera normas

de derecho transitorio, porque en tal hipótesis la ley anterior no podría ser derogada sino en la medida que lo permitiera el texto constitucional, que le estaría prestando vigor, no obstante haber sido substituida por una ley nueva. Pero este no es el caso de nuestro país, ni en el de la gran mayoría de los países extranjeros; son muy contadas las Constituciones que contienen normas de derecho transitorio.

D.— Reglas interpretativas admisibles

17. Casos

Si no se puede formular un derecho transitorio rígido, que obligue al legislador, en cambio, es posible y aun conveniente, enunciar algunas normas que, como las del Cód. Civil (art. 3º) se dirijan únicamente a los jueces, pero que permitan al Poder Legislativo apartarse de ellas cada vez que lo crea apropiado. Estas reglas, pues, solo deben aplicarse en el supuesto de que la ley nada haya dispuesto sobre el particular.

En primer término, es indiscutible la conveniencia de sentar el principio de que las leyes no deben aplicarse con efectos retroactivos salvo que así lo dispongan claramente. Bien entendido que, al hablar de irretroactividad, lo hacemos en el sentido propio de esta palabra.

En segundo lugar, y salvo disposición en contrario, las leyes deben aplicarse desde el momento de su vigencia, con la mayor amplitud posible y producir todos sus efectos mediatos. Ello implica su aplicación a lo que Duguit llama situaciones legales u objetivas (derechos reales, estado, etc.) y también a los contratos en curso de ejecución, tema este del que nos ocuparemos con más detenimiento.

De esta aplicación inmediata deben excluirse las leyes supletorias, por las razones que hemos dado en el nro. 132.

La aplicación inmediata de la nueva ley se justifica por diversas razones: a) desde que ella significa un progreso sobre el estado de derecho anterior, debe asegurársele el mayor ámbito de vigencia posible; b) el legislador no nos garantiza el ejercicio indefinido para el futuro de nuestros derechos actuales; esos derechos no existen y no duran sino tanto como la ley que los rige y los permite; ellos deben seguir el efecto de todo cambio de legislación; c) pero sobre todo nos parece decisiva la consideración que ya hemos formulado anteriormente: la nueva ley debe aplicarse en forma inmediata, porque es la única vigente, la única ley, ya que la anterior ha dejado de regir, no es más una norma jurídica.

18. Contratos en curso de ejecución

No obstante que la tendencia de la doctrina moderna se inclina evidentemente a ampliar el campo de aplicación de la ley nueva, se advierte todavía una general resistencia a admitir que ella pueda afectar

los contratos sucesivos en curso de ejecución. Se llaman contratos sucesivos aquellos en los cuales las partes se mantienen vinculadas jurídicamente durante un cierto tiempo: tal ocurre, por ejemplo, en la locación, la sociedad, el contrato de trabajo. En cambio, son contratos de tracto instantáneo aquellos en que la vinculación jurídica de las partes termina con el acto mismo: tal, por ejemplo, la compraventa al contado; celebrado el acto, las partes quedan instantáneamente desligadas entre sí. La mayor parte de los autores sostienen que los contratos sucesivos deben regirse siempre por la ley vigente en el momento de su celebración; una ley posterior no podría afectarlos, ni aun en lo referente a los efectos de la relación jurídica, posteriores a la ley. Así, por ejemplo, esta no podría modificar las cláusulas de un contrato de locación anterior a ella y que estuviera vigente en el momento de sancionarse la ley. En apoyo de este punto de vista se afirma que en el respeto de los contratos se halla en juego el principio de la autonomía de la voluntad, y con él, el respeto de la libertad y la personalidad humanas. Hay en todo ello una exageración evidente. Sin duda, el principio de la autonomía de la voluntad se halla afectado, pues si una ley nueva modifica un contrato en curso de ejecución, es porque ya no reconoce a las partes el derecho de estipular condiciones, que antes les eran permitidas. Pero eso no significa necesariamente atacar la libertad ni la personalidad del hombre. Por el contrario, la legislación obrera ha triunfado en nombre de ellas, porque es la dignificación y la libertad del trabajador lo que se ha perseguido con esas leyes, que afectan siempre los contratos en curso.

Cada vez que un nuevo concepto jurídico, social, moral o religioso, estima inaceptable la solución de la vieja ley, será necesario quitarle toda vigencia. No es posible concebir, por ejemplo, que se rebaje el interés en los préstamos de dinero, porque se considera inmoral cobrar más de lo fijado en la nueva ley y se dejen subsistentes las tasas fijadas en los contratos en curso. ¿Qué lógica tiene esto de permitir la sobrevivencia de algo que hoy se reputa inmoral?

Por último, es necesario reconocer que la aplicación de la nueva ley a los contratos en curso de ejecución es, digámoslo así, un hecho consumado. La legislación obrera se aplica a todos los contratos en curso de ejecución; lo mismo ocurre con la copiosa legislación sobre locaciones urbanas y rurales. Y no se puede decir que estos sean casos excepcionales, porque no cabe duda de que los dos contratos sucesivos más importantes son precisamente el de trabajo y el de locación. De nada vale seguir sosteniendo que la nueva ley no debe aplicarse a los contratos en curso, cuando la realidad jurídica está indicando lo contrario.

E.— El problema de la seguridad jurídica y el principio de la irretroactividad de la ley

19. Inconveniencia de que el principio de la irretroactividad de la ley tenga carácter constitucional

Hemos señalado anteriormente la inconveniencia de que el principio de la irretroactividad de la ley figure inserto en la CN, sobre todo si se lo vincula con el respeto de los derechos adquiridos, como lo hacía el Código de VÉLEZ SARSFIELD. Este principio tenía así una rigidez que no se aviene con las necesidades jurídicas, políticas y económicas de una sociedad en permanente evolución. Por ello, los pueblos de sólida tradición jurídica y de orden constitucional estable, han considerado con razón que el principio de la irretroactividad no debe estar asentado en la Carta Magna y ese fue el camino que transitó la reforma de la ley 17.711 y que el Cód. Civ. y Com. ratifica. Solo algunos países latinoamericanos (Bolivia, art. 31; Costa Rica, art. 26; Cuba, arts. 22 y 23; Honduras, art. 54; México, art. 14; Nicaragua, art. 43; Paraguay, art. 26, y Perú, art. 25), y entre los europeos únicamente Noruega (art. 97), lo han establecido en su Constitución. Pero en estos mismos países, la vida del derecho ha demostrado que una regla rígida sobre este punto trae aparejados tan graves inconvenientes, que el legislador no ha podido menos que desconocerla y los jueces se ven obligados a admitir excepciones, abriendo una brecha por la que bien pronto pasa todo género de leyes retroactivas.

Es también lo que ha ocurrido con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, según la cual el principio de que las leyes no pueden tener efectos retroactivos si alteran derechos adquiridos patrimoniales es de orden constitucional; no obstante ello, ha debido reconocer la constitucionalidad de numerosas leyes que los afectan.

20. Inoperancia del principio de la irretroactividad

Si, por consiguiente, el principio de la irretroactividad no obliga al legislador, que puede dictar leyes de ese carácter cuando lo estime conveniente; si solo obliga al juez, en el caso de que la ley nueva nada disponga sobre el punto, es evidente que su papel en el afianzamiento de la seguridad jurídica es muy modesto.

En efecto: los ataques contra la seguridad individual y los derechos personales no han de temerse nunca de los jueces que, por razón de su inamovilidad, su educación jurídica, por tener su vida dedicada al derecho, son naturalmente conservadores y respetuosos de los derechos que las leyes reconocen. La inseguridad en el goce de los bienes, el desconocimiento de los derechos, nunca ha provenido de ellos. Es al legislador al que hay que temerle. Los diputados surgen del pueblo, son intérpretes de sus aspiraciones, participan de sus pasiones, pulsan sus angustias y descontentos; muchas veces responden a intereses de grupo o de partido, quizá circunstanciales. No es extraño, pues, que impulsados por aquellos sentimientos, y puestos quizás en trance de tener que

halagar a su clientela política para mantener su caudal electoral, los legisladores dicten leyes injustamente retroactivas; que con gran precipitación y no mucho tino sancionen leyes de las que tal vez mañana se arrepientan, pero que, entretanto, ya han producido perjuicios irreparables. Y resulta que contra este peligro, el único verdadero contra la seguridad jurídica, el principio de la irretroactividad no ofrece remedio alguno.

La solución del problema de la seguridad individual. Entendemos que la solución del problema de la seguridad individual no está, pues, en la protección constitucional de todos los derechos adquiridos, lo que resulta jurídicamente imposible, sino en el amparo constitucional de aquellos derechos que se estiman fundamentales para el individuo y la sociedad. Si se cree que los derechos de propiedad, de profesar libremente su culto, de libertad individual, son esenciales para una sociedad determinada, es necesario inscribirlos en la Constitución. De esta manera la protección de los derechos no solo está por encima de la ley, sino que es completísima. No los ampara tan solo porque la ley los afecta con carácter retroactivo, sino que los ampara en todo caso, para el pasado y para el futuro, sobre todo para este, que es el que en definitiva interesa.

Es claro que no se resguardan así todos los derechos actuales, como lo haría la protección indiscriminada e imposible de los derechos adquiridos. Pero esta es justamente una de las ventajas del sistema. ¿Quién podría sostener, con una mano en el corazón, que todos los derechos actualmente reconocidos por las leyes son justos, que es deseable que todos ellos se mantengan inmutables en el porvenir? Por el contrario, tenemos la conciencia clara de que hay mucho que modificar y perfeccionar. Sería absurdo proteger toda la malla legal vigente contra cualquier cambio.

La misma jurisprudencia de la Corte Suprema demuestra el acierto de estas conclusiones. Cuando ha querido proteger un derecho dado, o una determinada situación jurídica, no ha acudido al art. 3º del Cód. Civil hoy derogado, sino a la protección constitucional de la propiedad, lo que demuestra que aquel era insuficiente para dar seguridad y continuidad a los derechos. Es claro que la jurisprudencia que comentamos se ha resentido por la admisión de la teoría de los derechos adquiridos, que ningún texto constitucional ha protegido y que ha obligado al Alto Tribunal a incurrir en contradicciones y vacilaciones.

Es indudable que el derecho de propiedad que la Constitución protege, no se ve lesionado porque cualquier derecho adquirido al amparo de la legislación anterior sea afectado por la nueva. Al garantizar la propiedad sin duda no ha sido el propósito cristalizarla, conservarla indiferente a todo cambio y toda evolución. Lo que se ha querido es proteger ese derecho

frente a toda ley que lo afecte substancialmente, lo desnaturalice. Y los jueces deben estar atentos contra esos ataques, pues son ellos los custodios de ese derecho como de todos los otros garantizados por la Constitución que es uno de los pilares de nuestra organización social y política. Cuando la propiedad se vea realmente afectada, la Corte debe declarar inconstitucional la ley, sin preocuparse de que tenga efectos retroactivos o disponga solo para el futuro.

No era, por consiguiente, necesario que la Corte Suprema recurriera a la vieja teoría de los derechos adquiridos para proteger la propiedad; bastaba con atenerse a la garantía constitucional para mantener en su integridad aquel derecho.

§ 3.— DEL MODO DE CONTAR LOS INTERVALOS DEL DERECHO

21. Tiempos del derecho en el Código Civil y Comercial

En el Título Preliminar del Cód. Civ. y Com., art. 6º, se trata del modo de contar los intervalos del derecho.

22. Plazos de días y horas

El nuevo Código no hace referencia alguna al Calendario Gregoriano, tal como lo hacía el Código de Vélez. El art. 6º dispone que el "día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda este excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente", es decir, se ha omitido toda referencia a las horas que sí determinaba VÉLEZ SARSFIELD en el Código derogado cuando señalaba, que "los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha". El sentido de la norma no ha variado pero resulta mucho más clara la actual previsión.

El Cód. Civ. y Com. incorpora la regulación de los plazos por horas disponiendo que "en los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo el cual debe empezar desde la hora siguiente". Es idéntico sistema al cómputo de días, en donde tanto en uno como en el otro se computa por bloques horarios o diurnos respectivamente.

23. Plazos de semanas

El Código no prevé el caso de los plazos por semana, a diferencia del alemán (art. 188) y el suizo de las obligaciones (art. 77, inc. 2º). Significa siete días completos, contándose estos de acuerdo con las reglas sentadas en el párrafo anterior, y a partir del día en que se celebró el acto.

24. Plazos de meses o años

El mismo art. 6º dispone la manera de contar los períodos de meses y años. Así establece que "los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha". Y se prevé un plazo especial, "cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día del mes". Así, por ejemplo, si se estipula un plazo de un mes a partir del 31 de enero, aquel vence el 28 de febrero, o el 29 si el año fuera bisiesto.

25. Forma de computar los plazos

Todos los plazos serán continuos y completos, disponía el art. 27 del Cód. Civil derogado, debiendo estos siempre terminar en la medianoche del último día; y así, los actos que debían ejecutarse en o dentro de cierto plazo, valían si se ejecutaban antes de la medianoche, en que terminaba el último día del plazo. Ahora el art. 6º del Cód. Civ. y Com. establece que "los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente (...)".

Una excepción muy importante al principio general sentado en estos artículos es la contenida en el Cód. Proc., según el cual los plazos procesales no corren en días inhábiles (art. 156).

26. Carácter de las normas de este título

Las normas sobre la manera de computar los períodos de tiempo, contenidas en el Título Preliminar del Cód. Civ. y Com., son de carácter meramente supletorio puesto que el art. 6º establece que "las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo". En consecuencia, las partes pueden convenir en sus contratos que el plazo se computará de una manera distinta. Del mismo modo, las leyes provinciales, los decretos nacionales y provinciales y las ordenanzas municipales, pueden apartarse de estas normas, que solo se aplican en caso de silencio de las leyes especiales o locales y de las partes en los contratos. Ahora bien, si las partes no han acordado la forma de computar los plazos, el mismo art. 6º prevé que se entiende por día, como se determina un plazo de días, el plazo empieza a contar desde el día siguiente al inicio y de qué forma se cuentan los meses o años.

§ 4.— Efectos de la ley con relación al territorio

27. Breves nociones y remisión

Las relaciones jurídicas no se desenvuelven siempre dentro de un mismo territorio nacional. Un argentino que vive en nuestro país puede tener bienes inmuebles en el Uruguay. ¿Qué ley se aplica a su sucesión, la

argentina o la uruguaya? Dos personas contratan en un país y cumplen sus obligaciones en otro; ¿por qué ley se rigen las obligaciones que nacen del contrato y la forma de este? La forma del casamiento y sus efectos ¿se gobiernan por la ley del lugar de su celebración, de la nacionalidad de los contrayentes o de su domicilio?

Estos ejemplos demuestran cómo la comunidad internacional hace surgir problemas en lo que atañe a la ley aplicable a las relaciones jurídicas. Tales problemas son complejísimos y forman el objeto del derecho internacional privado. Nos limitaremos aquí a dar breves nociones de los principios generales admitidos en nuestro Código.

Digamos, ante todo, que del complejo de la legislación positiva hay algunas leyes nacionales de aplicación territorial, es decir, que deben ser siempre aplicadas por los jueces, cualquiera que sea el lugar de ubicación de los bienes, el país en que se trabó la relación jurídica, la nacionalidad o domicilio de las personas sometidas a la ley.

En cambio, son leyes de aplicación extraterritorial las que pueden y, en muchos casos, deben ser aplicadas por los jueces de un país extranjero. Así por ejemplo, las relativas a la forma del acto jurídico. Si dos personas han celebrado un contrato en Francia y luego se suscita en Argentina un pleito relativo a la validez formal del acto, el juez argentino debe fallar el pleito de acuerdo con la ley francesa.

Las principales normas establecidas por nuestro Código son las siguientes:

a) Respecto del estado y de la capacidad o incapacidad de hecho rige la ley del domicilio de las personas (art. 2616, Cód. Civ. y Com.).

El sistema del domicilio como base de la determinación de la ley aplicable al estado y capacidad de las personas, que había sido consagrado por VÉLEZ, ha sido ratificado en el nuevo Cód. Civ. y Com. ya que sin duda alguna había sido uno de los grandes aciertos del notable jurista cordobés, tanto más cuanto que importó una radical innovación con respecto a las legislaciones vigentes en la época, que seguían el sistema de la nacionalidad. En un país como el nuestro, que estaba recibiendo en aquel momento un gran aporte inmigratorio que ha continuado hasta el presente hubiera originado innúmeros trastornos aplicar a cada persona la ley de su país de origen; y lo que es más grave, hubiera conspirado contra la asimilación de esos inmigrantes a nuestra nacionalidad, debilitando la unidad del país.

Respecto de la capacidad e incapacidad de derecho, se aplica en cambio la ley territorial. En este punto, los jueces argentinos deben aplicar exclusivamente la ley argentina.

b) Respecto de los bienes inmuebles, el art. 2663 dispone: "La calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación" y el 2667 establece que "los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación".

c) Con relación a los bienes muebles, el Código hace una distinción entre los que tienen una situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, que son regidos por las leyes del lugar en que están situados (art. 2669), y los que el propietario lleva consigo o son de uso personal, esté o no en su domicilio o los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, que se rigen por la ley del domicilio de su dueño. Ahora si se controvierte o se desconoce su calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación (art. 2670, Cód. Civ. y Com.).

d) Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de su publicidad, se juzgan por las leyes y usos del país donde se hubieren otorgado (art. 2649, Cód. Civ. y Com.). Es de aplicación el principio clásico *locus regit actum*.

e) Las sucesiones son regidas por la ley del último domicilio del causante, cualquiera que sea la nacionalidad y el domicilio de los herederos o el lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de estos (art. 2643, Cód. Civ. y Com.).

CAPÍTULO IV - EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TIEMPO

§ 1.— Fecha de entrada en vigencia

1. Distintas hipótesis

El art. 5º del Cód. Civ. y Com. establece: "Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen".

Reitera de esta manera el criterio del art. 2º del derogado Cód. Civil que había sido reformado por ley 16.504, que establecía que "Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial".

Por consiguiente, nuestro sistema de entrada en vigencia de las leyes distingue dos hipótesis distintas: 1º) que la ley designara la fecha de su entrada en vigor o 2º) que no la designare.

2. Caso en que la ley señala la fecha de su entrada en vigor

En este caso, la ley es obligatoria desde el momento señalado en ella. Podía ocurrir que la trascendencia de la reforma legislativa impusiera un plazo mayor que el fijado en la segunda parte del art. 2º; así, por ejemplo, el Cód. Civil sancionado en 1869, entró en vigencia recién el 1º de enero de 1871; el Cód. Penal de 1921, seis meses después de su promulgación, el Cód. Civ. y Com. fue sancionado el 1º de octubre del 2014 y entraba en vigencia el 1º de enero del 2016, aunque posteriormente por una nueva ley se adelantó su entrada en vigencia para el 1º de agosto de 2015, etc. Otras veces, por el contrario, la urgencia de la medida podía llevar al legislador a prescindir del plazo de ocho días para los departamentos de campaña; inclusive, en algunos casos podía disponerse que la ley se aplicara con retroactividad, es decir, a relaciones y hechos jurídicos ocurridos con anterioridad a su sanción.

3. Caso en que la ley no establece la fecha del comienzo de su vigencia

El art. 2º del Cód. Civil, en su redacción originaria, establecía que cuando las leyes no designaban tiempo, regían en la Capital al día siguiente de su publicación y en los departamentos de campaña ocho días después de publicada. Por departamentos de campaña se entendía el resto del país. Tal sistema no se justificaba, pues significaba que durante ocho días la Capital Federal estaba sometida a una ley distinta que el resto del país. De ahí que se propiciara insistentemente la unificación de la fecha de la entrada en vigencia, hasta que finalmente la ley 16.504, dictada en 1964, puso fin al problema, estableciendo que las leyes entran en vigencia después de los ocho días de su publicación oficial, sin distinguir entre la Capital y el resto del territorio, criterio este que ha sido ratificado en el nuevo Código en su art. 5º.

4. La ley alude a la publicación oficial

No interesan, por tanto, a los efectos de la vigencia de la ley, la publicación en órganos periodísticos privados. Por publicación oficial se entiende la hecha en el Boletín Oficial.

5. Legislación comparada

En la legislación comparada se han seguido dos sistemas distintos para resolver el problema del comienzo de la vigencia de las leyes: a) de acuerdo con un primer sistema, la vigencia depende de la distancia entre el lugar de la publicación y aquel en donde la ley debe aplicarse; así, por ejemplo, en México las leyes son obligatorias tres días después de su publicación en el periódico oficial; para los lugares apartados, el plazo se amplía a razón de un día cada cuarenta kilómetros (art. 3º, Cód. Civil); el Cód. Civil chileno establecía en su art. 7º una similar previsión, hoy derogada. Estas legislaciones se inspiraban en el Código Napoleón que

establecía un sistema según el cual la ley entraba en vigor en la capital al día siguiente de su publicación; en el resto del país el plazo aumentaba a razón de un día cada diez miriámetros de distancia pero, a partir de la ley del 5 de noviembre de 1870, en Francia las leyes entran en vigencia 24 horas después de que el ejemplar del Boletín Oficial en que se publicaron haya llegado a la capital del distrito; b) de acuerdo con un segundo sistema, hoy predominante, las leyes son obligatorias desde el mismo día en todo el país: el Cód. Civil uruguayo, en su art. 1º establece la entrada en vigencia de la ley luego de 10 días de verificada su promulgación, reservando al poder ejecutivo la determinación de la forma de promulgación.

Por su parte, el art. 2º del Cód. Civil español establece que las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su publicación completa en el Boletín Oficial, si no disponen otra cosa. Similar previsión contempla el código italiano en su art. 10, estableciendo un plazo de 15 días, salvo disposición en contrario de la propia ley.

El actual Cód. Civil chileno establece en su art. 7º que la publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de este se entenderá conocida por todos y será obligatoria. También prevé la posibilidad de que la propia ley establezca otro plazo.

Por su parte, el Cód. Civil peruano carece de disposición al respecto, reservándose la Constitución Política de dicho país la regulación al respecto, estableciendo en su art. 107 la vigencia de las leyes al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición en contrario de la misma ley.

§ 2.— El principio de la irretroactividad de las leyes

6. Ubicación del problema

El principio de que las leyes disponen para el futuro, a partir de la fecha de su publicación, parece obvio, pues no se ve cómo podrían ser obligatorias antes de hallarse en vigencia. No obstante, las leyes pueden en algunos casos (no siempre) retro-obrar, modificando hechos y actos, o efectos de ellos, producidos con anterioridad a su sanción. A manera de ejemplo, podemos citar el caso de una ley que grave con impuestos actos realizados con anterioridad a su vigencia.

Las leyes de este tipo afectan la seguridad individual; de ahí que casi todos los códigos civiles, e inclusive algunas constituciones extranjeras, hayan inscripto entre sus preceptos el principio de la irretroactividad de la ley.

Pero si por un lado la aplicación retroactiva de la ley afecta, sin duda, la seguridad individual, por otro es evidente que la sociedad está

interesada en que la nueva ley tenga el mayor ámbito de aplicación posible; porque siendo la última, debe presumírsela más justa que la anterior. Si no lo hubiere considerado así el Poder Legislativo, no la hubiese dictado.

Resulta de este modo, una colisión entre la seguridad individual, interesada en el respeto de las situaciones y derechos nacidos al amparo de la vieja ley, y la mayor justicia resultante de la nueva. La solución del problema es ardua, como hemos de verlo en los párrafos siguientes. En primer lugar, veremos cuál es el sistema seguido en nuestro derecho positivo; enseguida, cuáles son las otras soluciones propuestas, y por último, hemos de exponer nuestra opinión.

A.— El sistema del Código Civil

7. El antiguo art. 3º: concepto de derechos adquiridos

El art. 3º del Cód. Civil establecía que "las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos". El principio de la irretroactividad aparecía confundido con el respeto de los derechos adquiridos. Las leyes eran retroactivas cuando afectaban derechos adquiridos al amparo de una legislación anterior; en cambio, si solo afectaban meras expectativas no habría propiamente retroactividad y la nueva ley debía ser aplicada (art. 4044, derogado por la ley 17.711).

Era fundamental, por consiguiente, precisar el concepto de derechos adquiridos, lo que, de primera impresión, parece simple. Cuando se dice: "He adquirido un derecho", "tengo un derecho adquirido", se sabe muy bien lo que se quiere expresar: se trata de un derecho que me pertenece, del cual soy titular; que está incorporado a mi patrimonio si es de índole económica. La expresión derechos adquiridos será quizá redundante, pero de todas maneras el concepto es claro hasta para los profanos. E, inclusive, podría afirmarse que lo es más para los profanos que para los juristas, que tienen ya deformada su noción con el conocimiento de la controversia sobre el punto.

Las dificultades comienzan cuando se pretende vincular el concepto de derechos adquiridos con el sistema de la irretroactividad de la ley. Es muy difícil, en verdad, que una ley nueva modifique otra anterior, sin afectar de una manera u otra los derechos adquiridos al amparo de aquella. Con razón ha podido decirse que si se consideran retroactivas las leyes que afectan derechos nacidos o adquiridos bajo la legislación anterior, todas las leyes, de cualquier clase, serían retroactivas.

En vista, pues, de que hay una contradicción lógica irreductible entre el deseo de proteger todos los derechos adquiridos y la necesidad de hacer posible el progreso jurídico mediante la reforma legislativa puesto que toda reforma implica afectar derechos adquiridos, los autores se

empeñaron, no ya en precisar lo que es un derecho adquirido, pues eso es muy sencillo y todo el mundo lo sabe, sino cuáles son los derechos adquiridos que las leyes nuevas no pueden afectar. Es claro que, de este modo, resulta posible toda una gama de soluciones entre los dos extremos dados por la protección absoluta de todos los derechos adquiridos, y el imperio sin limitaciones de la nueva ley. Dentro de ese vasto campo, cada uno de los autores que se ha ocupado del tema ha dado su propia solución; pero es bien claro que ni su preocupación ni su propósito, han sido definir lo que es un derecho adquirido, sino simplemente cuáles son, a su criterio, los derechos que las leyes nuevas deben respetar. De ahí que, dependiendo todo de opiniones personalísimas, el acuerdo haya sido imposible.

Todos los grandes juristas modernos coinciden unánimemente con este punto de vista y están de acuerdo en que la doctrina de los derechos adquiridos no puede dar solución alguna al problema de los efectos de la ley con relación al tiempo.

8. Leyes retroactivas y leyes que afectan derechos adquiridos

Por lo demás, a poco que se profundice el estudio de este problema, se advertirá que es desde todo punto de vista imposible identificar las leyes retroactivas con las que afectan derechos adquiridos. Dos ejemplos bastan para demostrarlo. Si se dictara una ley que dispusiera: "A partir de la publicación de la presente ley queda abolida la propiedad privada sobre la tierra", podría decirse que la ley es injusta, ruinosa para el país, contraria a nuestro estilo de vida, pero no podrá decirse que tiene efectos retroactivos, puesto que dispone solo para lo futuro. Y sin embargo, ha afectado radicalmente los derechos adquiridos de los propietarios. Si se dicta otra disponiendo la rebaja de las locaciones a partir de la fecha de su promulgación, podrá decirse que atenta contra los derechos de los propietarios, que debilita la confianza en la palabra empeñada, etc.; pero no que tiene efectos retroactivos, puesto que solo se ocupa del porvenir.

Retroactiva sería si hubiere dispuesto la rebaja de los alquileres con anterioridad a su vigencia y ordenara la devolución de lo ya percibido. En cambio, es indiscutible que ha afectado los derechos del locador.

9. El art. 4º: leyes interpretativas

El art. 4º disponía: "Las leyes que tengan por objeto aclarar o interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto a los casos ya juzgados". La disposición jugaba así como una excepción a la regla del art. 3º; salvo los casos en que hubiera sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, estas leyes debían aplicarse retroactivamente, aunque se afectaran derechos adquiridos. Ahora bien: ¿es jurídicamente correcto hablar de leyes interpretativas? La expresión tiene dos significados distintos:

a) Se llaman así, en primer término, las supletorias de la voluntad de las partes, inexpresada en un acto jurídico; de ellas nos hemos ocupado en el nro. 41. b); b) se denominan también en esta forma aquellas que se dictan para interpretar o aclarar el sentido de otras anteriores.

Consideramos que hablar de leyes interpretativas o de interpretación legislativa o auténtica, aludiendo a la que de sus propias leyes hace el Poder Legislativo, es un verdadero contrasentido jurídico.

La interpretación es una operación lógico-valorativa mediante la cual se determina el recto sentido de una norma jurídica, en su relación con un caso dado. Es una tarea eminentemente judicial. El juez, que no tiene *imperium* para dictar la ley, es quien debe fijar su significado. En cambio, el legislador nunca interpreta. Él tiene *imperium* para legislar; si no le satisface la solución de la ley vigente, la modifica por otra nueva. Hablar de interpretación legislativa o auténtica es pues una evidente impropiedad. Si se insiste en ello es porque toda esta materia ha estado rodeada hasta el presente de la confusión imperante sobre la irretroactividad de la ley y de los derechos adquiridos. Veamos cómo se vinculan estas cuestiones.

El ejemplo típico y, puede decirse, casi el único que se da en la práctica de leyes interpretativas o aclaratorias es el de las impositivas. El caso es el siguiente. Cuando se crea un nuevo gravamen, el Poder Ejecutivo, que es el responsable de la administración y tiene sobre sus espaldas el problema siempre arduo de equilibrar el presupuesto, se inclina invariablemente por la interpretación más favorable al fisco; por el contrario, los jueces, que no tienen aquella responsabilidad y son más o menos indiferentes a las inquietudes del Poder Ejecutivo por equilibrar sus gastos, suelen interpretar las leyes fiscales con un criterio generoso para el que paga los impuestos, que es siempre el término más simpático de la relación fisco-contribuyente. De esta dualidad de criterio, que es relativamente frecuente, se originan demandas por repetición de impuestos que los tribunales han declarado ilegales; esos juicios son a veces numerosísimos y suelen poner en aprieto las finanzas públicas. Para salvar esta situación el Poder Legislativo sale en auxilio del Ejecutivo y dicta las llamadas leyes aclaratorias, cuyo resultado es que los juicios pendientes por repetición de impuestos deben fallarse de acuerdo con la nueva ley.

El expediente de las leyes aclaratorias ha permitido acallar los escrúpulos de quienes defienden la inviolabilidad del principio de la irretroactividad de la ley y de los derechos adquiridos. Se afirma, en efecto, que en este caso no hay retroactividad, porque como la ley nueva interpreta la anterior, estrictamente forma parte de esta, la integra, ya que no hace sino declarar cuál es su recto significado; de modo que la nueva

ley debe aplicarse desde el momento en que entró en vigencia la anterior, sin que ello pueda considerarse retroactividad. La falacia del argumento es evidente. El recto significado de la ley anterior ya lo han fijado los jueces, que son los órganos naturales y constitucionales de interpretación y aplicación de la ley. La ley es lo que los jueces dicen que es. Y toda ley, que obligue a los jueces a fallar de modo distinto al que lo estaban haciendo hasta ese momento, importa una verdadera reforma de la anterior. La retroactividad es evidente, porque la nueva ley se aplica a partir de la sanción de la que pretende aclarar.

Por lo demás, toda esta armazón teórica construida sobre el concepto de leyes interpretativas resulta inútil. Si se admite que el legislador puede apartarse del principio de la irretroactividad y dictar leyes con efectos retroactivos cuando lo estime necesario, basta que se les atribuya esos efectos para lograr el resultado apetecido, es decir, que los jueces fallen los casos pendientes o futuros de acuerdo con la nueva ley, aunque se refiera a hechos (en nuestro ejemplo, impuestos) anteriores a ella.

10. El art. 5º, Código Civil: leyes de orden público

Según el art. 5º del Cód. Civil (derogado por la ley 17.711) ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público. Lo que en otras palabras significaba que el principio de la irretroactividad no rige en este caso, y que las leyes de orden público pueden retro-obrar.

Sin embargo, la Corte Suprema, fiel a su principio de que las leyes no pueden afectar derechos adquiridos de orden patrimonial, declaró que ni siquiera las leyes de orden público pueden lesionarlos, pues es de toda evidencia que una disposición simplemente legal, como es el art. 5º del Cód. Civil, no puede prevalecer sobre una garantía constitucional. Por lo demás, es necesario tener presente que también la cláusula constitucional que protege la propiedad es una ley de orden público y, sin duda, de una jerarquía superior a cualquier ley del mismo carácter, precisamente por estar inscripta en la Carta Magna. Si, por lo tanto, se considera, como lo estimó la Corte, que la afectación de los derechos adquiridos importa una violación de esa garantía constitucional, ninguna ley, cualquiera que sea su carácter, puede tener validez.

Así planteada la cuestión, resultaba evidente que las leyes de orden público no jugaban ningún papel en el problema de la retroactividad en nuestro derecho positivo. Porque siendo el principio del art. 3º meramente legislativo, el Congreso podía dictar leyes retroactivas, fueran o no de orden público; salvo que esas leyes afectaran derechos adquiridos de orden patrimonial, en cuyo caso, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, no podían tener efectos retroactivos, sean o no de orden público.

11. Síntesis crítica del sistema del Código

De las páginas precedentes resultan las graves críticas a que se hacía pasible el sistema del Cód. Civil:

a) En primer lugar, confundió las leyes retroactivas con leyes que afectan derechos adquiridos, e hizo de esta idea confusa de los derechos adquiridos la base del sistema legal.

b) En segundo lugar, introdujo falsa y erróneamente el concepto de leyes interpretativas, que no juega ningún papel cierto en este problema.

c) Por último, el art. 5º era una disposición inocua, sin contenido ni aplicación posible.

Era pues de toda evidencia la necesidad de reformar el sistema legal y de aclarar ideas en torno al problema de la retroactividad. Fue lo que hizo la ley 17.711.

B.— La reforma de la ley 17.711

1.— La regla legal

12. El art. 3º reformado por la ley 17.711

El art. 3º en su nueva redacción, establecía: "A los contratos en curso de ejecución, no son aplicables las nuevas leyes supletorias. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

A los contratos en curso de ejecución, no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

Analizaremos sucesivamente el significado y alcance de los distintos párrafos de esta norma.

El primer párrafo sentó el principio de que a partir de su entrada en vigencia, las leyes deben aplicarse con la máxima extensión. No solo ya a los hechos y relaciones futuras, sino también a los que hayan nacido al amparo de la ley anterior y se encontraren en plena vigencia al dictarse la nueva ley.

Dos hipótesis principales son aludidas y quedan cubiertas por esta norma:

a) En primer lugar, las llamadas situaciones jurídicas generales, es decir, aquellos derechos que son regulados por la ley (y no por la voluntad de las partes) y que son uniformes para todos. Como ejemplos más importantes podemos citar los derechos reales, los derechos de familia, las leyes administrativas. En su contenido, el derecho de propiedad, el

derecho de responsabilidad parental, los derechos conyugales, son iguales para todos. La nueva ley se aplica a todos esos derechos y a todos los modifica desde su entrada en vigencia.

b) En segundo lugar, las relaciones particulares derivadas de los contratos. La regla general, sentada en el primer párrafo del art. 3º es que también los contratos caen bajo el imperio de la nueva ley desde su entrada en vigencia. Pero esta regla es solo aplicable a las leyes imperativas; si, por el contrario, la ley es supletoria, solo se aplica a los nuevos contratos, acordados con posterioridad a la vigencia de la ley, pero no a los que se encuentran en curso de ejecución (último párrafo, art. 3º).

Es razonable que así sea: las leyes supletorias tienen la misión de suplir la voluntad de las partes, cuando estas no la han manifestado; pero los contratantes pueden apartarse de sus disposiciones, modificarlas y derogarlas. En caso de que los contratantes callen es cuando estas normas tienen vigencia. Es evidente, por tanto, que ellas forman parte del contrato; que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordarlo en el contrato hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes.

Es claro que si la nueva ley da carácter imperativo a las normas que sustituyen los viejos preceptos supletorios, debe aplicarse de inmediato a los contratos en ejecución, porque en tal caso la nueva ley no permite el libre juego de la autonomía de la voluntad, allí donde la anterior lo permitía. Es dentro del campo en el que la nueva ley sigue respetando la voluntad de las partes y precisamente por eso, por integrar el acuerdo de voluntades, que la ley supletoria anterior sigue en pie.

El segundo párrafo del art. 3º deja sentado el principio general de que las leyes no tienen efectos retroactivos, sean o no de orden público, salvo disposiciones en contrario.

Dos aspectos de esta norma interesa destacar:

1) En primer lugar, ha quedado explicitado de modo categórico, que el principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo se aplica solo en el caso de que la ley no disponga lo contrario. En otras palabras: esta regla tiene solo aplicación en el supuesto de que el legislador, al dictar la ley, no disponga expresamente que esta se aplique retroactivamente. Con la restricción de que hablaremos más adelante, el legislador puede, por tanto, disponer la aplicación retroactiva de cualquier ley.

Es necesario decir que este era el sistema admitido bajo la vigencia del anterior art. 3º, no obstante que este se limitaba a establecer el principio de la irretroactividad, sin salvedad alguna. Y la razón era muy simple. Estando establecido el principio de la irretroactividad en una ley del Congreso (que eso es el Cód. Civil), era claro que otra ley del Congreso posterior podía dejar sin efecto el principio, ya fuera con carácter general, ya fuera con carácter especial y referido a una determinada ley.

Con la nueva redacción del art. 3º, esa solución ha quedado definitivamente consagrada con toda generalidad: el principio es que cualquier ley (sea ley, decreto u ordenanza) puede disponer su aplicación retroactiva.

Las únicas leyes respecto de las cuales la irretroactividad ha sido expresamente consagrada por la Constitución son las leyes penales: el Congreso no puede dictar leyes que permitan juzgar a un habitante de la Nación por un hecho anterior a su sanción, ni sacarlo de los jueces designados por las leyes antes del hecho de la causa (art. 18, CN). Cuando lo que está de por medio es la libertad del hombre, esta garantía deviene esencial.

2) El segundo aspecto de esta norma que interesa destacar es que el principio de la irretroactividad se aplica a cualquier ley, sea o no de orden público. En otras palabras: no por ser de orden público una ley es retroactiva. Era ya la solución admitida por la jurisprudencia bajo el régimen anterior, si bien la cuestión había suscitado algunas dudas originadas en el desafortunado art. 5º, hoy derogado.

El tercer párrafo del art. 3º dispone que la retroactividad establecida por la ley, en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Este principio se vincula con la jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual las nuevas leyes no pueden afectar derechos adquiridos de orden patrimonial. La nueva disposición acoge en lo sustancial la jurisprudencia de la Corte, pero le introduce dos variantes importantes: prescinde del concepto equívoco y erróneo de derechos adquiridos y extiende el alcance de la excepción a todo derecho amparado por garantías constitucionales.

Advertimos que el art. 3º se limita a establecer que no podrá afectarse retroactivamente un derecho amparado por la Constitución. En verdad, el concepto es más amplio. Un derecho protegido por la Constitución no puede ser afectado ni por leyes retroactivas ni por leyes que dispongan para lo futuro. Ello no significa que tales derechos deban mantenerse impolutos y que la ley no pueda modificarlos. Los puede modificar siempre que no los desnaturalice, que mantenga su esencia, que es lo que interesa conservar. Volvemos sobre este punto más adelante.

13. Cuándo son retroactivas las leyes

Eliminado definitivamente por la reforma del art. 3º el criterio de los derechos adquiridos para determinar cuándo una ley es retroactiva, tiene la mayor importancia fijar pautas claras para precisar si una ley debe considerarse retroactiva o no.

Por lo general, las relaciones y situaciones jurídicas no se realizan en un solo instante; se desarrollan en un cierto tiempo, de modo que la ley nueva puede intervenir en un momento de ese desenvolvimiento; si esa ley afecta a las partes anteriores tiene efectos retroactivos; si por el contrario, solo se refiere a las partes posteriores, tiene efectos futuros. En otras palabras, las leyes son retroactivas en estas cinco hipótesis:

a) Cuando vuelven sobre la constitución de una relación o situación jurídica anteriormente constituida; como, por ejemplo, si se exigiera para acreditar el dominio de los actuales propietarios medios distintos de los que el Código determina.

b) Cuando vuelven sobre la extinción de una relación jurídica anteriormente extinguida; como, por ejemplo, si se dispusiera que todas las remisiones de deudas hechas con anterioridad a la ley y no formalizadas en escritura pública, son nulas.

c) Cuando se refieren a los efectos de una relación jurídica producidos antes de que las leyes se hallen en vigencia; por ejemplo, si una ley que limitara los intereses de los préstamos en dinero ordenase que todo el excedente de la nueva tasa que hubiera sido percibido con anterioridad a la sanción de la ley debe ser reintegrado al deudor.

d) Cuando atribuyen efectos que antes no tenían a ciertos hechos o actos jurídicos, si esos efectos se atribuyen por la vinculación del hecho o acto con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley; así, por ejemplo, es retroactiva una ley que grave con impuestos las actividades de una sociedad anónima ya constituida, si el impuesto se aplica a un período anterior a la publicación de la ley; en cambio, no será retroactiva si solo grava las actividades posteriores de esa misma sociedad.

e) Cuando se refieren en sus condiciones de validez y en sus efectos que ya se han producido, a los elementos anteriores de una relación o situación jurídica que se encuentra en curso de constitución o de extinción en el momento de la entrada en vigencia de la ley, siempre que estos elementos tengan un valor jurídico propio; tal, por ejemplo, la interrupción de una prescripción en curso; si una nueva ley, puesta en vigor después que la interrupción se produjo, la dejara sin efecto sería retroactiva.

Es muy útil señalar la distinción entre los efectos retroactivos y los que algunos autores (ROUBIER, SZASZY) llaman los efectos inmediatos de la ley, porque ambos han sido confundidos en la doctrina de los derechos adquiridos.

Hay efectos inmediatos y no retroactivos:

a) Cuando la ley anula o modifica, acrece o disminuye los efectos en curso de las relaciones o situaciones jurídicas, es decir, los que se producen después de su entrada en vigor, pero que resultan de relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley antigua; por ejemplo, si una ley ordena la reducción del interés de los préstamos en dinero a una tasa del 5%, reducción que se hará efectiva a partir de la publicación de aquella, en todos los contratos nacidos bajo la ley antigua y que todavía se hallen en curso de ejecución; o si modifica el contenido y aun la naturaleza de los derechos reales, por ejemplo, la propiedad; o si altera el régimen matrimonial.

b) Cuando vuelve sin retroactividad, es decir, respetando los elementos anteriores que tienen valor jurídico propio, sobre la constitución o extinción en curso de una relación jurídica; por ejemplo, cuando se modifica el plazo de una prescripción aún no cumplida.

La legislación propiamente retroactiva es escasa y poco peligrosa. Así precisado el sentido propio de lo que son efectos retroactivos de la ley, es evidente que la legislación retroactiva es escasa y poco peligrosa. Al legislador, aun al más revolucionario, no le interesa el pasado, le importa solo el porvenir. ¿A qué dictar leyes retroactivas? Por lo demás, la posibilidad de influir sobre el pasado es muy reducida; muchas veces, por más que el legislador intente hacer sentir retroactivamente el efecto de la ley no podrá conseguirlo; él tiene en sus manos el presente y en cierta medida, el futuro, pero el pasado, no. Ello explica por qué las leyes propiamente retroactivas son contadísimas y cuando lo son se fija la retroactividad en un corto lapso.

Buen ejemplo de lo que afirmamos es la famosa ley francesa sobre la transmisión gratuita de los bienes del 17 Nivoso, año II, que dispuso la reapertura de todas las sucesiones abiertas desde el 14 de julio de 1789 y la redistribución de los bienes, de acuerdo con el nuevo régimen sucesorio. Aun limitada en esa forma la retroactividad a un tiempo breve, la ley solo pudo cumplirse parcialmente, porque en muchos casos los bienes ya se habían transmitido a terceros o se habían gravado con derechos reales, lo que dio lugar a tal confusión e hizo nacer tales inconvenientes que tuvo que ser dejada sin efecto, en cuanto disponía la retroactividad, por otra ley del 27 de agosto de 1795.

Los ataques más peligrosos contra la seguridad jurídica no deben temerse, por consiguiente, de estas leyes, sino de las que modifican los derechos para el porvenir, que es el que en definitiva interesa.

14. Supresión de los arts. 4º y 5º del Código Civil

La ley 17.711 derogó los arts. 4º y 5º del Cód. Civil, que según se desprende de la crítica que les formuláramos, eran disposiciones que no tenían justificación. No está demás agregar que tanto la reforma del art. 3º como la derogación de los arts. 4º y 5º, siguieron las recomendaciones del III Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1961.

15. El Código Civil y Comercial

El nuevo Cód. Civ. y Com. en su art. 7º reitera el criterio establecido por la reforma de la 17.711 por lo que nos remitimos a lo expuesto precedentemente, salvo en lo que se refiere a los contratos en curso de ejecución en los que las nuevas leyes supletorias no son aplicables con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

C.— Imposibilidad de formular un derecho transitorio

16. El problema

El fracaso de la teoría de los derechos adquiridos ha hecho nacer la inquietud por encontrar un sistema que permita resolver los llamados conflictos de las leyes en el tiempo, o sea, los problemas que presenta el pasaje de una legislación a otra. El propósito perseguido es que las personas puedan saber de antemano que en el caso de una reforma legislativa tales derechos les serán respetados, no debiendo contar, en cambio, con tales otros. Estas normas de derecho transitorio harían posible una previsión, nos permitirían saber de antemano a qué elementos atenernos: serían, de tal modo, un factor indiscutible de seguridad.

A ello se deben los esfuerzos hechos por la doctrina universal para enunciar un derecho transitorio o intertemporal, que regiría los derechos subjetivos en caso de una reforma legislativa. Cabe agregar que estos esfuerzos han sido del todo estériles. Todos los sistemas propuestos han fracasado en la práctica.

La impotencia de los juristas para formular reglas fijas que han de regir los llamados conflictos de las leyes en el tiempo parece estar indicando que existe algo insalvable en este intento. Y, efectivamente, es así. No se puede reducir a normas rígidas, a principios inflexibles, lo que está sujeto a las infinitas variaciones y matices de la política legislativa.

En presencia de un cambio de legislación, se enfrentan dos principios que, en abstracto, son muy dignos de respeto: por un lado, la seguridad jurídica, interesada en conferir a la vieja ley el máximo de vigencia posible; por el otro, la justicia y el progreso, interesados en atribuir a la nueva ley el mayor campo de aplicación. Es imposible pronunciarse de antemano en un sentido u otro. Es imposible hacer prevalecer siempre la seguridad, porque ello implicaría la paralización del derecho; es igualmente imposible

llevar todo por delante en nombre de la justicia y el progreso, porque estos están condicionados por la idea de seguridad, y porque sin esta no puede concebirse un orden justo que, por ser orden, la implica. Habrá casos en que el progreso que signifique la nueva ley no sea tanto que justifique arrasar de cuajo con los viejos derechos, y en la que la sobrevivencia de estos sea útil inclusive para prestar apoyo a los nuevos. Porque aquí se produce esta consecuencia aparentemente paradójica: muchas veces, el respeto de los derechos nacidos al amparo de la legislación anterior, en vez de retacear o disminuir los nuevos derechos, les da una mayor fuerza y, sobre todo, una mayor perdurabilidad, porque se establece una continuidad jurídica que impondrá respeto al futuro legislador, del mismo modo que el actual ha respetado lo que fue. Habrá, en cambio, casos en que la justicia resultante de la vieja ley sea tan chocante a la nueva conciencia jurídica, que será necesario procurar que desaparezca todo vestigio del viejo régimen. Es este un problema esencialmente legislativo. Solo el legislador, representante directo del pueblo y en contacto inmediato con él, con sus problemas sociales y económicos, puede decidir en qué medida es conveniente la sobrevivencia de la vieja ley; es un problema de política y de prudencia legislativas. Por eso las Constituciones no deben contener ningún precepto de derecho transitorio, porque ello implica atar al legislador a soluciones rígidas, que no consultan las necesidades de la vida del derecho. La mejor solución puede ser fundamentalmente distinta si varían los casos y las circunstancias: si en algunos será utilísimo y aun necesario darle retroactividad a la ley, en otros, por el contrario, será preferible postergar sus efectos en relación con tal o cual hipótesis.

La prueba de este aserto es que allí en donde constituyentes demasiado previsores quisieron fijar en la Carta Magna el principio de la irretroactividad, no se ha tardado en buscar el camino para eludirlo, porque así lo han impuesto las circunstancias. Lo mismo ha ocurrido en nuestro país, cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema confirió rango constitucional a la protección de los derechos adquiridos patrimoniales; el mismo tribunal debió buscar caminos para eludir las consecuencias de su propia jurisprudencia.

¿Existen conflictos de leyes en el tiempo? Con frecuencia se habla de conflictos de las leyes en el tiempo. Nos parece esta una expresión errónea. Cuando una ley modifica o deroga otra anterior, no hay conflicto alguno: la única ley vigente es la última. Desde que esta se sancionó, la anterior dejó de regir, no es más una norma jurídica, pertenece a la historia del derecho. El juez no puede juzgar sino conforme a las reglas de derecho obligatorias; y solo tienen fuerza obligatoria aquellas reglas vivas que están en vigor en el momento en que el juez dicta su sentencia. La vieja ley no puede ser tomada en consideración a menos que la ley

nueva, por otra razón cualquiera y, bajo ciertas condiciones, preste su fuerza a la vieja ley. En el fondo, aun en esta hipótesis es la nueva ley la que estatuye, la que ordena, porque es ella la que está dando vida a la anterior.

El único caso en que podría hablarse con propiedad de conflicto de leyes en el tiempo es aquel en que la Constitución estableciera normas de derecho transitorio, porque en tal hipótesis la ley anterior no podría ser derogada sino en la medida que lo permitiera el texto constitucional, que le estaría prestando vigor, no obstante haber sido substituida por una ley nueva. Pero este no es el caso de nuestro país, ni en el de la gran mayoría de los países extranjeros; son muy contadas las Constituciones que contienen normas de derecho transitorio.

D.— Reglas interpretativas admisibles

17. Casos

Si no se puede formular un derecho transitorio rígido, que obligue al legislador, en cambio, es posible y aun conveniente, enunciar algunas normas que, como las del Cód. Civil (art. 3º) se dirijan únicamente a los jueces, pero que permitan al Poder Legislativo apartarse de ellas cada vez que lo crea apropiado. Estas reglas, pues, solo deben aplicarse en el supuesto de que la ley nada haya dispuesto sobre el particular.

En primer término, es indiscutible la conveniencia de sentar el principio de que las leyes no deben aplicarse con efectos retroactivos salvo que así lo dispongan claramente. Bien entendido que, al hablar de irretroactividad, lo hacemos en el sentido propio de esta palabra.

En segundo lugar, y salvo disposición en contrario, las leyes deben aplicarse desde el momento de su vigencia, con la mayor amplitud posible y producir todos sus efectos mediatos. Ello implica su aplicación a lo que Duguit llama situaciones legales u objetivas (derechos reales, estado, etc.) y también a los contratos en curso de ejecución, tema este del que nos ocuparemos con más detenimiento.

De esta aplicación inmediata deben excluirse las leyes supletorias, por las razones que hemos dado en el nro. 132.

La aplicación inmediata de la nueva ley se justifica por diversas razones: a) desde que ella significa un progreso sobre el estado de derecho anterior, debe asegurársele el mayor ámbito de vigencia posible; b) el legislador no nos garantiza el ejercicio indefinido para el futuro de nuestros derechos actuales; esos derechos no existen y no duran sino tanto como la ley que los rige y los permite; ellos deben seguir el efecto de todo cambio de legislación; c) pero sobre todo nos parece decisiva la consideración que ya hemos formulado anteriormente: la nueva ley debe

aplicarse en forma inmediata, porque es la única vigente, la única ley, ya que la anterior ha dejado de regir, no es más una norma jurídica.

18. Contratos en curso de ejecución

No obstante que la tendencia de la doctrina moderna se inclina evidentemente a ampliar el campo de aplicación de la ley nueva, se advierte todavía una general resistencia a admitir que ella pueda afectar los contratos sucesivos en curso de ejecución. Se llaman contratos sucesivos aquellos en los cuales las partes se mantienen vinculadas jurídicamente durante un cierto tiempo: tal ocurre, por ejemplo, en la locación, la sociedad, el contrato de trabajo. En cambio, son contratos de tracto instantáneo aquellos en que la vinculación jurídica de las partes termina con el acto mismo: tal, por ejemplo, la compraventa al contado; celebrado el acto, las partes quedan instantáneamente desligadas entre sí. La mayor parte de los autores sostienen que los contratos sucesivos deben regirse siempre por la ley vigente en el momento de su celebración; una ley posterior no podría afectarlos, ni aun en lo referente a los efectos de la relación jurídica, posteriores a la ley. Así, por ejemplo, esta no podría modificar las cláusulas de un contrato de locación anterior a ella y que estuviera vigente en el momento de sancionarse la ley. En apoyo de este punto de vista se afirma que en el respeto de los contratos se halla en juego el principio de la autonomía de la voluntad, y con él, el respeto de la libertad y la personalidad humanas. Hay en todo ello una exageración evidente. Sin duda, el principio de la autonomía de la voluntad se halla afectado, pues si una ley nueva modifica un contrato en curso de ejecución, es porque ya no reconoce a las partes el derecho de estipular condiciones, que antes les eran permitidas. Pero eso no significa necesariamente atacar la libertad ni la personalidad del hombre. Por el contrario, la legislación obrera ha triunfado en nombre de ellas, porque es la dignificación y la libertad del trabajador lo que se ha perseguido con esas leyes, que afectan siempre los contratos en curso.

Cada vez que un nuevo concepto jurídico, social, moral o religioso, estima inaceptable la solución de la vieja ley, será necesario quitarle toda vigencia. No es posible concebir, por ejemplo, que se rebaje el interés en los préstamos de dinero, porque se considera inmoral cobrar más de lo fijado en la nueva ley y se dejen subsistentes las tasas fijadas en los contratos en curso. ¿Qué lógica tiene esto de permitir la sobrevivencia de algo que hoy se reputa inmoral?

Por último, es necesario reconocer que la aplicación de la nueva ley a los contratos en curso de ejecución es, digámoslo así, un hecho consumado. La legislación obrera se aplica a todos los contratos en curso de ejecución; lo mismo ocurre con la copiosa legislación sobre locaciones urbanas y rurales. Y no se puede decir que estos sean casos

excepcionales, porque no cabe duda de que los dos contratos sucesivos más importantes son precisamente el de trabajo y el de locación. De nada vale seguir sosteniendo que la nueva ley no debe aplicarse a los contratos en curso, cuando la realidad jurídica está indicando lo contrario.

E.— El problema de la seguridad jurídica y el principio de la irretroactividad de la ley

19. Inconveniencia de que el principio de la irretroactividad de la ley tenga carácter constitucional

Hemos señalado anteriormente la inconveniencia de que el principio de la irretroactividad de la ley figure inserto en la CN, sobre todo si se lo vincula con el respeto de los derechos adquiridos, como lo hacía el Código de Vélez Sarsfield. Este principio tenía así una rigidez que no se aviene con las necesidades jurídicas, políticas y económicas de una sociedad en permanente evolución. Por ello, los pueblos de sólida tradición jurídica y de orden constitucional estable, han considerado con razón que el principio de la irretroactividad no debe estar asentado en la Carta Magna y ese fue el camino que transitó la reforma de la ley 17.711 y que el Cód. Civ. y Com. ratifica. Solo algunos países latinoamericanos (Bolivia, art. 31; Costa Rica, art. 26; Cuba, arts. 22 y 23; Honduras, art. 54; México, art. 14; Nicaragua, art. 43; Paraguay, art. 26, y Perú, art. 25), y entre los europeos únicamente Noruega (art. 97), lo han establecido en su Constitución. Pero en estos mismos países, la vida del derecho ha demostrado que una regla rígida sobre este punto trae aparejados tan graves inconvenientes, que el legislador no ha podido menos que desconocerla y los jueces se ven obligados a admitir excepciones, abriendo una brecha por la que bien pronto pasa todo género de leyes retroactivas.

Es también lo que ha ocurrido con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, según la cual el principio de que las leyes no pueden tener efectos retroactivos si alteran derechos adquiridos patrimoniales es de orden constitucional; no obstante ello, ha debido reconocer la constitucionalidad de numerosas leyes que los afectan.

20. Inoperancia del principio de la irretroactividad

Si, por consiguiente, el principio de la irretroactividad no obliga al legislador, que puede dictar leyes de ese carácter cuando lo estime conveniente; si solo obliga al juez, en el caso de que la ley nueva nada disponga sobre el punto, es evidente que su papel en el afianzamiento de la seguridad jurídica es muy modesto.

En efecto: los ataques contra la seguridad individual y los derechos personales no han de temerse nunca de los jueces que, por razón de su inamovilidad, su educación jurídica, por tener su vida dedicada al derecho, son naturalmente conservadores y respetuosos de los derechos que las

leyes reconocen. La inseguridad en el goce de los bienes, el desconocimiento de los derechos, nunca ha provenido de ellos. Es al legislador al que hay que temerle. Los diputados surgen del pueblo, son intérpretes de sus aspiraciones, participan de sus pasiones, pulsan sus angustias y descontentos; muchas veces responden a intereses de grupo o de partido, quizá circunstanciales. No es extraño, pues, que impulsados por aquellos sentimientos, y puestos quizás en trance de tener que halagar a su clientela política para mantener su caudal electoral, los legisladores dicten leyes injustamente retroactivas; que con gran precipitación y no mucho tino sancionen leyes de las que tal vez mañana se arrepientan, pero que, entretanto, ya han producido perjuicios irreparables. Y resulta que contra este peligro, el único verdadero contra la seguridad jurídica, el principio de la irretroactividad no ofrece remedio alguno.

La solución del problema de la seguridad individual. Entendemos que la solución del problema de la seguridad individual no está, pues, en la protección constitucional de todos los derechos adquiridos, lo que resulta jurídicamente imposible, sino en el amparo constitucional de aquellos derechos que se estiman fundamentales para el individuo y la sociedad. Si se cree que los derechos de propiedad, de profesar libremente su culto, de libertad individual, son esenciales para una sociedad determinada, es necesario inscribirlos en la Constitución. De esta manera la protección de los derechos no solo está por encima de la ley, sino que es completísima. No los ampara tan solo porque la ley los afecta con carácter retroactivo, sino que los ampara en todo caso, para el pasado y para el futuro, sobre todo para este, que es el que en definitiva interesa.

Es claro que no se resguardan así todos los derechos actuales, como lo haría la protección indiscriminada e imposible de los derechos adquiridos. Pero esta es justamente una de las ventajas del sistema. ¿Quién podría sostener, con una mano en el corazón, que todos los derechos actualmente reconocidos por las leyes son justos, que es deseable que todos ellos se mantengan inmutables en el porvenir? Por el contrario, tenemos la conciencia clara de que hay mucho que modificar y perfeccionar. Sería absurdo proteger toda la malla legal vigente contra cualquier cambio.

La misma jurisprudencia de la Corte Suprema demuestra el acierto de estas conclusiones. Cuando ha querido proteger un derecho dado, o una determinada situación jurídica, no ha acudido al art. 3º del Cód. Civil hoy derogado, sino a la protección constitucional de la propiedad, lo que demuestra que aquel era insuficiente para dar seguridad y continuidad a los derechos. Es claro que la jurisprudencia que comentamos se ha resentido por la admisión de la teoría de los derechos adquiridos, que

ningún texto constitucional ha protegido y que ha obligado al Alto Tribunal a incurrir en contradicciones y vacilaciones.

Es indudable que el derecho de propiedad que la Constitución protege, no se ve lesionado porque cualquier derecho adquirido al amparo de la legislación anterior sea afectado por la nueva. Al garantizar la propiedad sin duda no ha sido el propósito cristalizarla, conservarla indiferente a todo cambio y toda evolución. Lo que se ha querido es proteger ese derecho frente a toda ley que lo afecte substancialmente, lo desnaturalice. Y los jueces deben estar atentos contra esos ataques, pues son ellos los custodios de ese derecho como de todos los otros garantizados por la Constitución que es uno de los pilares de nuestra organización social y política. Cuando la propiedad se vea realmente afectada, la Corte debe declarar inconstitucional la ley, sin preocuparse de que tenga efectos retroactivos o disponga solo para el futuro.

No era, por consiguiente, necesario que la Corte Suprema recurriera a la vieja teoría de los derechos adquiridos para proteger la propiedad; bastaba con atenerse a la garantía constitucional para mantener en su integridad aquel derecho.

§ 3.— Del modo de contar los intervalos del derecho

21. Tiempos del derecho en el Código Civil y Comercial

En el Título Preliminar del Cód. Civ. y Com., art. 6º, se trata del modo de contar los intervalos del derecho.

22. Plazos de días y horas

El nuevo Código no hace referencia alguna al Calendario Gregoriano, tal como lo hacía el Código de Vélez. El art. 6º dispone que el "día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda este excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente", es decir, se ha omitido toda referencia a las horas que sí determinaba Vélez Sarsfield en el Código derogado cuando señalaba, que "los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha". El sentido de la norma no ha variado pero resulta mucho más clara la actual previsión.

El Cód. Civ. y Com. incorpora la regulación de los plazos por horas disponiendo que "en los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo el cual debe empezar desde la hora siguiente". Es idéntico sistema al cómputo de días, en donde tanto en uno como en el otro se computa por bloques horarios o diurnos respectivamente.

23. Plazos de semanas

El Código no prevé el caso de los plazos por semana, a diferencia del alemán (art. 188) y el suizo de las obligaciones (art. 77, inc. 2º). Significa siete días completos, contándose estos de acuerdo con las reglas sentadas en el párrafo anterior, y a partir del día en que se celebró el acto.

24. Plazos de meses o años

El mismo art. 6º dispone la manera de contar los períodos de meses y años. Así establece que "los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha". Y se prevé un plazo especial, "cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día del mes". Así, por ejemplo, si se estipula un plazo de un mes a partir del 31 de enero, aquel vence el 28 de febrero, o el 29 si el año fuera bisiesto.

25. Forma de computar los plazos

Todos los plazos serán continuos y completos, disponía el art. 27 del Cód. Civil derogado, debiendo estos siempre terminar en la medianoche del último día; y así, los actos que debían ejecutarse en o dentro de cierto plazo, valían si se ejecutaban antes de la medianoche, en que terminaba el último día del plazo. Ahora el art. 6º del Cód. Civ. y Com. establece que "los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente (...)".

Una excepción muy importante al principio general sentado en estos artículos es la contenida en el Cód. Proc., según el cual los plazos procesales no corren en días inhábiles (art. 156).

26. Carácter de las normas de este título

Las normas sobre la manera de computar los períodos de tiempo, contenidas en el Título Preliminar del Cód. Civ. y Com., son de carácter meramente supletorio puesto que el art. 6º establece que "las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo". En consecuencia, las partes pueden convenir en sus contratos que el plazo se computará de una manera distinta. Del mismo modo, las leyes provinciales, los decretos nacionales y provinciales y las ordenanzas municipales, pueden apartarse de estas normas, que solo se aplican en caso de silencio de las leyes especiales o locales y de las partes en los contratos. Ahora bien, si las partes no han acordado la forma de computar los plazos, el mismo art. 6º prevé que se entiende por día, como se determina un plazo de días, el plazo empieza a contar desde el día siguiente al inicio y de qué forma se cuentan los meses o años.

§ 4.— EFECTOS DE LA LEY CON RELACIÓN AL TERRITORIO

27. Breves nociones y remisión

Las relaciones jurídicas no se desenvuelven siempre dentro de un mismo territorio nacional. Un argentino que vive en nuestro país puede tener bienes inmuebles en el Uruguay. ¿Qué ley se aplica a su sucesión, la argentina o la uruguaya? Dos personas contratan en un país y cumplen sus obligaciones en otro; ¿por qué ley se rigen las obligaciones que nacen del contrato y la forma de este? La forma del casamiento y sus efectos ¿se gobiernan por la ley del lugar de su celebración, de la nacionalidad de los contrayentes o de su domicilio?

Estos ejemplos demuestran cómo la comunidad internacional hace surgir problemas en lo que atañe a la ley aplicable a las relaciones jurídicas. Tales problemas son complejísimos y forman el objeto del derecho internacional privado. Nos limitaremos aquí a dar breves nociones de los principios generales admitidos en nuestro Código.

Digamos, ante todo, que del complejo de la legislación positiva hay algunas leyes nacionales de aplicación territorial, es decir, que deben ser siempre aplicadas por los jueces, cualquiera que sea el lugar de ubicación de los bienes, el país en que se trabó la relación jurídica, la nacionalidad o domicilio de las personas sometidas a la ley.

En cambio, son leyes de aplicación extraterritorial las que pueden y, en muchos casos, deben ser aplicadas por los jueces de un país extranjero. Así por ejemplo, las relativas a la forma del acto jurídico. Si dos personas han celebrado un contrato en Francia y luego se suscita en Argentina un pleito relativo a la validez formal del acto, el juez argentino debe fallar el pleito de acuerdo con la ley francesa.

Las principales normas establecidas por nuestro Código son las siguientes:

a) Respecto del estado y de la capacidad o incapacidad de hecho rige la ley del domicilio de las personas (art. 2616, Cód. Civ. y Com.).

El sistema del domicilio como base de la determinación de la ley aplicable al estado y capacidad de las personas, que había sido consagrado por VÉLEZ, ha sido ratificado en el nuevo Cód. Civ. y Com. ya que sin duda alguna había sido uno de los grandes aciertos del notable jurista cordobés, tanto más cuanto que importó una radical innovación con respecto a las legislaciones vigentes en la época, que seguían el sistema de la nacionalidad. En un país como el nuestro, que estaba recibiendo en aquel momento un gran aporte inmigratorio que ha continuado hasta el presente hubiera originado innúmeros trastornos aplicar a cada persona la ley de su país de origen; y lo que es más grave, hubiera conspirado

contra la asimilación de esos inmigrantes a nuestra nacionalidad, debilitando la unidad del país.

Respecto de la capacidad e incapacidad de derecho, se aplica en cambio la ley territorial. En este punto, los jueces argentinos deben aplicar exclusivamente la ley argentina.

b) Respecto de los bienes inmuebles, el art. 2663 dispone: "La calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación" y el 2667 establece que "los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación".

c) Con relación a los bienes muebles, el Código hace una distinción entre los que tienen una situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, que son regidos por las leyes del lugar en que están situados (art. 2669), y los que el propietario lleva consigo o son de uso personal, esté o no en su domicilio o los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, que se rigen por la ley del domicilio de su dueño. Ahora si se controvierte o se desconoce su calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación (art. 2670, Cód. Civ. y Com.).

d) Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de su publicidad, se juzgan por las leyes y usos del país donde se hubieren otorgado (art. 2649, Cód. Civ. y Com.). Es de aplicación el principio clásico *locus regit actum*.

e) Las sucesiones son regidas por la ley del último domicilio del causante, cualquiera que sea la nacionalidad y el domicilio de los herederos o el lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de estos (art. 2643, Cód. Civ. y Com.).

CAPÍTULO V

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

145. Conceptos generales

Los órganos de aplicación de la ley son los jueces; a ellos les toca velar por su cumplimiento y cuidar que las relaciones humanas se desenvuelvan en concordancia con las normas del derecho positivo.

Esta tarea supone previamente fijar el recto sentido de la ley que debe aplicarse; pero además esto pone de manifiesto cabalmente la importancia del papel desempeñado por el juzgador, el tribunal debe decidir cuál es la norma aplicable al caso. Porque del complejo de normas jurídicas que forman un orden positivo determinado, es necesario elegir aquella que el juez repute adecuada para resolver el litigio. En este último aspecto, la labor judicial es eminentemente valorativa. Y no pocas veces las peculiaridades del caso obligan a los magistrados a atribuir a la ley un significado distinto del que hasta ese momento se le atribuía. La interpretación está, pues, influida por las circunstancias propias del pleito, la buena o mala fe de los litigantes, la convicción de que se debe proteger a una parte y castigar a la otra.

Interpretar la ley es, por consiguiente, establecer su recto sentido en relación a un caso dado.

Esta tarea es complejísima y envuelve los problemas más delicados. Las dificultades provienen, sobre todo, del frecuente choque entre la ley, norma abstracta y la justicia concreta del caso sometido a decisión judicial; entre la norma jurídica positiva, que da soluciones generales y uniformes, y la vida del derecho, que tiene una multiplicidad infinita. Para formarse una idea cabal de estas dificultades es conveniente hacer una reseña de los diferentes métodos interpretativos, porque cada uno de ellos ha puesto el acento en algunos de esos problemas, precisamente en aquel que cada escuela reputaba más delicado y más digno de ser tenido en cuenta por el juez.

146. Interpretación doctrinaria

La interpretación judicial es, desde luego, la típica, la única que interesa desde el punto de vista del derecho positivo, puesto que los jueces integran el ordenamiento jurídico y sus fallos tienen carácter obligatorio para las partes. En definitiva, la ley es lo que los jueces dicen que es; el significado que le atribuyen los tribunales, es el único a cuyo servicio está el *imperium* del Estado.

Pero al lado de esta interpretación judicial, debe mencionarse la que hacen de la ley los autores y tratadistas, que si no tienen en su apoyo la fuerza del Estado, significa, en cambio, un importante aporte al esclarecimiento del sentido de los textos legales, que los jueces utilizan con frecuencia.

Hay, además, otra profunda diferencia entre la interpretación doctrinaria y la judicial, en cuanto al método y a los resultados. La primera es abstracta y casi siempre puramente lógica; la segunda, en cambio, es concreta: busca el sentido de la ley que más convenga al caso que debe decidir; es una interpretación influida por los hechos del caso, por los intereses en juego, por la justicia y la moral que resultan de una solución dada. De ahí que muchas veces la doctrina y la jurisprudencia marchen por sendas distintas y sostengan soluciones divergentes. Cuando ello ocurre, hay que presumir, casi siempre, que son los jueces los que han dado con la solución acertada; porque la vida del derecho, siempre presente en los pleitos, es una sagaz maestra que rara vez penetra en el silencio de la biblioteca de los juristas.

147. La llamada interpretación auténtica

Al lado de la interpretación judicial y de la doctrinaria, se suele hablar generalmente de la interpretación legislativa o auténtica. Ya hemos dado nuestro punto de vista sobre esa materia y a él nos remitimos (v. núm. 126). Agreguemos, a modo de conclusión, que es impropio hablar de interpretación legislativa; el Poder Legislativo dicta la ley, pero no la interpreta, pues tal función está reservada constitucionalmente a los jueces.

Por lo demás, el legislador no tiene para qué interpretar la ley, puesto que le basta con el poder de dictar la norma, modificarla, sustituirla por otra, incluso con efectos retroactivos. Las llamadas leyes interpretativas significan en realidad una nueva norma jurídica que modifica a la anterior basándose en razones de política legislativa, pero sin ajustarse a ningún método o criterio de lógica o hermenéutica.

En cambio, en el derecho antiguo sí existía la interpretación auténtica. En el imperio romano sólo el emperador podía interpretar las leyes establecidas por él, que eran oscuras. Este principio pasó a las legislaciones europeas posteriores. Así, por ejemplo, la Ordenanza francesa de 1667, título 1°, artículo 7°, obligaba a los jueces, en caso de duda o de oscuridad de la ley, a suspender el

proceso y elevarlo al rey para su decisión. Este procedimiento ha desaparecido del derecho moderno.

§ 1.— MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

A.— LOS MÉTODOS TRADICIONALES

148. Referencia histórica

Antes de la Revolución Francesa, mientras dominó en el mundo el sistema absolutista, se miraba con desconfianza la actuación judicial, como es propio de los regímenes políticos que concentran todos los poderes en manos del Ejecutivo.

Aquella desconfianza hizo que la función interpretativa de los jueces se redujera al mínimo posible. Si la ley era clara, debían aplicarla tal como surgía de su texto; si, por el contrario, ofrecía alguna dificultad o era oscura, tenían que dirigirse al príncipe pidiéndole que fijase su recto sentido, o bien remitirle el caso, sometiéndolo a su decisión. Se temía que el juez, so color de interpretación, alterase o modificase la voluntad del soberano, lo que se traducía en desmedro de su autoridad.

El único método interpretativo o lícito era, por consiguiente, el gramatical. Consistía éste en fijar el sentido cabal de cada palabra; se atribuía gran importancia a la etimología; se utilizaban, además, los llamados textos paralelos, que eran pasajes clásicos, preferiblemente de la Biblia, en donde estaba empleada la palabra que ofrecía dificultades, para cotejar así su significado en su relación con el texto que se interpretaba.

El odio al despotismo del soberano trajo aparejado, después de la Revolución Francesa, el despotismo de la ley. Para ser libre, se afirmaba, es necesario ser esclavo de la ley. El juez, sujeto antes a la voluntad del príncipe, quedó entonces prisionero de aquélla. Pero, de todas maneras, el campo de acción de los jueces se amplió notablemente, desde que estaban obligados a fallar en todos los casos, aunque la ley fuera oscura o deficiente, sin remitir el problema al Poder Ejecutivo o Legislativo, como antaño al rey.

Para seguir la evolución del pensamiento jurídico en esta materia, es útil recordar los métodos interpretativos puestos en práctica en Francia después de la sanción del Código Civil:

a) Los primeros comentaristas del Código Napoleón aplicaron el método exegético. Llenos de admiración por el nuevo cuerpo de leyes que al parecer preveía todos los casos posibles, sostuvieron que la tarea del juez debía consistir en analizar con la mayor prolijidad el significado de los textos y precisar todas

sus consecuencias posibles. Esto bastaba para la solución de los casos que podían presentarse ante los tribunales.

b) Bien pronto la vida del derecho se encargó de demostrar la insuficiencia de los textos legales. La experiencia iba señalando, cada vez en mayor número, que existían casos no previstos por la ley. Era necesario adoptar, por consiguiente, un método más elástico, que no se ciñera tanto al texto legal, pero que por otro lado no se apartara de lo que había sido la intención del legislador. Tal fue el método dogmático. Se procedía de la siguiente manera: de distintas normas diseminadas en el Código se inducía el principio general que las había inspirado, aun cuando no estuviese expresamente establecido; y una vez obtenido el principio, se lo aplicaba a casos no previstos en el Código. Se trataba, pues, de un doble proceso lógico: por inducción se obtenía el principio, y por deducción se descendía a los casos no contemplados expresamente. Tales construcciones jurídicas, de las que son buenos ejemplos la teoría del patrimonio, la del enriquecimiento sin causa, etc., manejadas con sagacidad por juristas y jueces, fueron en su momento un aporte inestimable para las soluciones jurisprudenciales. Este método tuvo gran repercusión en nuestro país.

149. Caracteres comunes de los métodos tradicionales

Todos estos métodos, que hemos llamado tradicionales, tienen una nota común que les es propia; el apego a la intención del legislador. Los procedimientos lógicos suelen variar según el intérprete pero, de todas maneras, lo que se pretende descifrar es tan sólo la intención del legislador al establecer la norma. El juez en ningún caso puede apreciar la conveniencia o inconveniencia de la solución legal, su justicia o injusticia. Estos valores deben ser tenidos en cuenta por el legislador; pero el juez es nada más que un instrumento de la ley.

Aun injusta, debe aplicarla: *dura lex, sed lex.* El respeto ciego por la ley era considerado el fundamento mismo de la libertad.

La aplicación de estos conceptos convertía al juez en un autómata; su misión consistía en precisar la voluntad del legislador por un juego de procedimientos lógicos, inducciones, deducciones, silogismos sin caer jamás en una valoración de las soluciones. MONTESQUIEU quería que el juez fuera un "ser inanimado que repite las palabras de la ley, sin suavizarle la fuerza o el rigor".

De ahí que tuvieran tanta importancia en este método los llamados antecedentes históricos de la ley, o sea, las fuentes que la inspiraron, el debate parlamentario y los Anteproyectos; todos ellos facilitaban la captación del pensamiento del legislador.

B.— Los métodos modernos

150. Reacción contra los métodos tradicionales

El criterio jurídico que reducía a los jueces a un triste papel y, los convertía en instrumentos ciegos de la ley, debía provocar naturalmente serias reacciones. A fin del siglo XIX se levantó, principalmente en Alemania, una verdadera tempestad de críticas contra los métodos interpretativos tradicionales. Este movimiento propugnó la necesidad de dar al juez un campo de acción más amplio y digno de la altura de su función. La reacción desembocó, como todas las reacciones, en las mayores exageraciones, pero no por ello dejó de ser fecundísima. Resultaría imposible e inconveniente hacer en un manual como éste, una reseña completa de las distintas opiniones sostenidas sobre tal cuestión; nos hemos de limitar, por consiguiente, a desarrollar las teorías que consideramos más expresivas, para exponer finalmente el estado de la cuestión en el derecho contemporáneo.

151. El método histórico

El punto de partida de este método, es negar que el objeto de la interpretación sea descubrir la intención del legislador. Lo que han pensado en su fuero interno el hombre u hombres que sancionaron la ley, carece de toda importancia. La ley es, ante todo, un producto de la época, del medio social, una aspiración de la comunidad, de la cual el legislador no es sino el órgano y vocero. Más aún: aquél trabaja sobre conceptos y nociones, tomados de la atmósfera intelectual en la cual vive e, inclusive, emplea palabras cuyo sentido es dado por un proceso sociológico de centurias.

Por lo demás, descubrir la intención del legislador es imposible. Porque no se trata de un hombre-legislador, sino de cuerpos colegiados, que están formados heterogéneamente por distintos grupos y partidos; y prestan su aprobación a la ley, cada uno entendiendo cosas distintas de las mismas palabras.

Por último, no se advierte qué justificación tiene la pretensión de mantener la ley amarrada al pensamiento del legislador que la dictó. Una vez sancionada, se incorpora al medio social; ley y sociedad se influyen recíprocamente, aquella forma parte de la vida del derecho, sigue su evolución. Si las circunstancias cambian, la ley debe ser interpretada, no ya como lo deseó su autor cincuenta o cien años atrás, sino como lo exigen las actuales circunstancias: pero de dos, tres o más pensamientos que puedan inferirse de un mismo texto legal, el juez no debe buscar aquel que pudo estar en la mente del remoto legislador, sino el que dé a la norma su significado más razonable y beneficioso y el que más se adecue a los nuevos tiempos y dé mejor solución a sus problemas. Porque la ley no se dicta tan sólo para el presente, sino también para el futuro, para satisfacer y servir las necesidades del porvenir.

152. El método de Gény

En una obra que alcanzó una notoria y quizás exagerada resonancia en nuestro ambiente jurídico, FRANÇOIS GÉNY propugnó un nuevo método de interpretación. En principio, sostiene, es necesario aplicar la ley en su sentido original y no deformada como lo pretende la escuela histórica, porque de esa manera se incurre en el peligro de caer en la arbitrariedad judicial. Pero cuando la ley no da una solución clara y expresa del problema, es necesario recurrir a las otras fuentes formales del derecho, sin torturar los textos legales ni pretender extraer de ellos una solución que evidentemente no ha sido prevista por el legislador. Las otras fuentes formales son, para GÉNY, la costumbre, la tradición (jurisprudencia y doctrina antiguas) y la autoridad (jurisprudencia y doctrina modernas). Finalmente, si tampoco éstas dieran la solución adecuada para el caso, el juez debe proceder a lo que el autor ha llamado la libre investigación científica. Mediante el examen de la naturaleza positiva de las cosas, de los elementos objetivos presentes en el caso, debe decidir el litigio aplicando la norma que él dictaría si fuera legislador.

Las ideas de GÉNY han ejercido una visible influencia en el Código Civil suizo, cuyo artículo 1° establece que a falta de disposición aplicable, el juez se pronunciará según el derecho consuetudinario, y en ausencia de éste, por las reglas que él establecería si fuese legislador. Semejante es la disposición del Código de Procedimientos del Brasil, cuyo artículo 114 dispone que cuando el juez estuviese autorizado a fallar según equidad, debe aplicar la regla que establecería si fuera legislador.

153. La escuela del derecho libre

La tendencia a reconocer una mayor libertad a los jueces en la aplicación de la ley, tuvo su expresión extrema en la escuela del derecho libre. Muchos son los matices con que esta tendencia doctrinaria ha sido expuesta por sus sostenedores. Para unos, el juez debe atenerse a la ley, si su texto es claro y evidentemente aplicable al caso; fuera de esta hipótesis, debe actuar libremente. Para otros, inclusive puede fallar en contra de la ley, si la solución dada por ésta fuera manifiestamente injusta. Finalmente no faltan quienes sostienen que la ley no es más que una guía para el juez, pero que éste debe separarse de ella, cada vez que su conciencia se lo imponga.

El derecho del siglo pasado ofrece dos interesantes y aleccionadores ejemplos de la aplicación de esta teoría. En Rusia, una circular de la Corte de Casación de 1927 ordenó a los jueces fallar inclusive en contra de la ley, si los intereses de los trabajadores lo exigían imperiosamente, o si lo imponía la política general del Estado o el espíritu de la legislación soviética. En Alemania, el nacional-socialismo adoptó la teoría de que el juez puede y debe apartarse de la aplicación de un texto legal que, según el sentimiento personal del intérprete,

repugna a aquello que él considera como la expresión de la voluntad colectiva del pueblo; en tal caso, debía fallar de acuerdo con la conciencia nacional-socialista del pueblo alemán y aplicar lo que FRANK llamó el *Führerprinzip*: ¿cómo decidiría el *Führer* en mi lugar?

Es fácil advertir que, en ambos casos, la liberación del juez con respecto a la ley, tenía un propósito revolucionario: no aplicar la legislación anterior en cuanto chocara con los principios comunistas o nacional-socialistas. Pero la libertad del juez resultó, en la práctica, una quimera, porque no podía fallar según su conciencia sino conforme con el espíritu de la legislación revolucionaria; y cuando ésta fue dictada, la libertad judicial desapareció completamente por efecto de la dependencia respecto del Poder Ejecutivo.

154. El realismo norteamericano

Tal vez las más agudas críticas contra el método racionalista hayan sido formuladas por los juristas norteamericanos. El problema de la interpretación de la ley ha motivado en aquel país un fecundo análisis, facilitado sin duda porque el espíritu mismo del *common law* es contrario a soluciones deducidas de reglas generales abstractas. Dentro de las diversas tendencias y opiniones, nos parece especialmente interesante hacer una referencia a la escuela del realismo jurídico.

JOHN GRAY, precursor de este movimiento, sostuvo la necesidad de distinguir entre el derecho efectivo y las fuentes del derecho. El derecho efectivo consiste únicamente en las reglas sentadas por los tribunales y aplicadas por éstos; fuentes del derecho, en cambio, son los materiales en los que el juez se inspira para establecer las reglas efectivas de su fallo. Estos materiales son los siguientes: leyes, precedentes jurisprudenciales, opiniones doctrinales y principios éticos. Una ley por sí sola no es derecho, mientras no haya sido interpretada y aplicada por los tribunales. Es verdad que hay límites en la facultad legal de interpretación; pero esos límites son vagos y no están definidos con precisión. Todo derecho efectivo es elaborado por los tribunales.

Los actuales sostenedores de esta doctrina, han llegado más allá todavía: el derecho efectivo no es el que aparece declarado en las leyes ni tampoco el que los jueces declaran o dicen aplicar, sino lo que los jueces hacen, independientemente de lo que expongan en sus sentencias. Es frecuente, en efecto, que los magistrados mencionen tal o cual norma, pero luego eluden parcial o totalmente su aplicación, por medio de razonamientos interpretativos. Tales razonamientos interpretativos pretenden demostrar que el juez cumple lo dispuesto por dichas normas, cuando en realidad son solamente un disfraz de la otra norma diferente, que sigue efectivamente el juez en su fallo, norma que no es declarada sino más bien encubierta.

A la inversa de lo que sostenía la lógica racionalista, según la cual el juez parte de principios legales que aplica a los hechos probados en el expediente, la realidad muestra un proceso distinto. El juez, a la vista de las pruebas, se forma una opinión sobre el caso y una especie de convicción de lo que es justo respecto de éste; y después busca los principios o considerandos que puedan justificar esa opinión. Claro está que en la formación de esa convicción de justicia, interviene también el conocimiento que él tiene de las leyes, decretos, precedentes jurisprudenciales y opiniones doctrinarias.

En la concepción clásica el Derecho era cierto, constante, igual, preciso, fijado en leyes y reglamentos. Pero esto es una mera ilusión. Por el contrario, el Derecho tiene una dimensión esencialmente plástica, de adaptación a nuevas circunstancias y situaciones. Tiene siempre ese carácter, en mayor o menor medida; pero actualmente lo tiene en una proporción enorme. En efecto, el derecho en nuestros días, lejos de poseer una seguridad estática, encaminada a la conservación de las viejas situaciones establecidas, tiende más bien a una especie de seguridad dinámica para la protección de la gente dedicada a nuevas empresas. Por otra parte, los rápidos y complejos cambios de las realidades sociales de nuestro tiempo determinan que se presenten nuevas situaciones, ni remotamente previstas en las normas preestablecidas. Entonces el juez tiene que formular la norma, aunque las más de las veces lo haga bajo la apariencia de interpretar viejas normas.

155. Estado de la cuestión en el derecho contemporáneo

Si bien es cierto que la disputa acerca de los métodos interpretativos no se ha acallado aún, la verdad es que ha disminuido la preocupación de los juristas por el planteamiento teórico de la cuestión y, si no una coincidencia, por lo menos se ha producido un acercamiento entre los distintos puntos de vista, sobre todo en la práctica de los tribunales.

Es necesario, en primer término, afirmar el respeto de la ley, puesto que ése es el requisito indispensable de la libertad, de la seguridad individual y de la igualdad entre los hombres. La libre interpretación, llevada a sus consecuencias extremas, importaría la arbitrariedad y el desorden. El juez reuniría en sí las funciones de magistrado y de legislador, provocando un grave desequilibrio de los poderes del Estado.

Pero, por otro lado, los jueces se han liberado ya del servilismo ciego de la ley y de la intención del legislador. Es verdad que todavía los fallos hablan con frecuencia de la voluntad del legislador; pero con ello no se quiere significar, por lo general, la intención psicológica del legislador-hombre, sino el propósito perseguido por la ley, los fines tenidos en cuenta al sancionarla, lo que es perfectamente legítimo y constituye, según hemos de verlo, uno de los elementos fundamentales en su interpretación.

Es indiscutible ya que la tarea del juez no se reduce a un mero procedimiento lógico, que permita extraer el significado de la ley, sin considerar ningún factor que le sea extraño; por el contrario, el juez está en el deber de valorar las soluciones; y, de todas las interpretaciones posibles debe elegir aquella que mejor se adapte a las actuales circunstancias y que implique una solución más beneficiosa. Y debe tener en cuenta, para ello, la evolución social producida desde la época en que la ley se dictó. Porque, evidentemente, los jueces de hoy no pueden interpretar el Código Civil y Comercial a la luz de principios que han sido dejados de lado por la sociedad por el transcurso del tiempo y cuando se han modificado profundamente los conceptos políticos, sociales y económicos imperantes en épocas pasadas. Esta adecuación de la ley a las circunstancias sociales del momento en que el fallo se dicta, no importa de ninguna manera dejar librado el significado de ella a la arbitrariedad judicial y desnaturalizar, según lo temía GÉNY, la más segura de las fuentes formales, que es la ley, porque el juez no puede interpretar caprichosamente los nuevos hechos y circunstancias sociales, sino que debe hacerlo a la luz y con el espíritu de la nueva legislación; así, por ejemplo, el Código Civil y Comercial deberá ser interpretado con el criterio social que insufla la moderna legislación nacional. De esta manera, el juez no aplica un criterio subjetivo y, por consiguiente, cambiante, inseguro, desigual; sino uno objetivo, dado por el espíritu de la nueva legislación y que, por ello, está exento de todos esos riesgos.

Sobre todas estas cuestiones puede considerarse que, con diferencia de matices, se ha logrado un acuerdo general. Queda, sin embargo, en pie, un problema realmente arduo. ¿Puede el juez negarse a aplicar una ley que reputa injusta?

156. El problema del derecho injusto

Según lo hemos dicho, la postura tradicional en esta materia, es la de que el intérprete no puede juzgar acerca de la justicia de la ley: *dura lex, sed lex.* El derecho, aun injusto, debe ser aplicado. Nosotros hemos adelantado ya nuestra opinión en otro lugar de este manual (núms. 5 y sigs.). No concebimos la existencia de un derecho injusto. Entendemos que el concepto de derecho implica la idea de justicia. Las normas dictadas por el poder público para merecer el nombre de jurídicas, deben ser justas. Si por consiguiente, el juez estima que una norma es injusta, debe negarse a aplicarla, porque no es una ley, no es derecho. Es claro que para decidirse a negar validez a una ley, el juez no puede determinarse por apreciaciones de carácter estrictamente subjetivo; no basta con que estime que la solución legal puede ser sustituida por otra mejor, o que es inconveniente. Para que sea legítima la negativa del juez a aplicar la ley, debe haber una colisión radical entre ella y los principios de derecho natural. Sobre este tema véase núm. 164. g).

En nuestro derecho positivo, la negativa a aplicar una ley injusta no ofrece ningún conflicto de orden legal. La Constitución Nacional incluye entre sus preceptos todos los principios fundamentales del derecho natural. Así, por ejemplo, la garantía de la libertad y de la dignidad humanas (arts. 14, 15, 16, 18, 19 y 20), la propiedad (art. 17), el derecho de asociación (art. 14); y después de la Reforma de 1994, han quedado incorporados a la Constitución todos los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22). Y con carácter general, el Preámbulo establece que uno de los objetos de la Constitución Nacional es afianzar la justicia, lo que significa que toda la ley injusta es anticonstitucional. Por consiguiente, el juez argentino puede y debe negarse a aplicar una ley injusta, sin salirse por ello de nuestro ordenamiento legal, y más aún, por imposición de él.

§ 2.— Reglas prácticas de interpretación

157. Reglas de interpretación

Fijada ya la posición del juez frente a la ley, y sentados los principios generales en que se funda su labor, veamos ahora las reglas prácticas que debe aplicar en su tarea de descubrir el recto sentido de una ley.

158. a) El texto de la ley

La primera regla interpretativa es que el Juez debe atenerse al texto de la ley, considerando el lenguaje técnico-jurídico.

Por texto de la ley, debe entenderse no sólo la letra, sino también su espíritu. En realidad, la distinción entre la letra y el espíritu de la ley, en que se solazaban algunos exegetas, es arbitraria; el texto debe tenerse siempre presente como manifestación auténtica y solemne del espíritu, pues su finalidad, es precisamente, revelarlo.

159. b) Relación de la disposición interpretada con otras de la misma ley o de otras leyes

Las normas legales no deben interpretarse nunca aisladamente, sino armonizándolas con las otras disposiciones de la misma ley; únicamente así puede obtenerse el recto significado de sus disposiciones.

Pero no sólo es necesario armonizar las diferentes disposiciones de una misma ley, sino que también debe coordinárselas con las de otras leyes, particularmente de las que son posteriores. Esta tarea es fecundísima, porque permite hacer concordar la vieja ley con el espíritu de la legislación contemporánea, e

interpretar aquélla de acuerdo con las necesidades y tendencias jurídicas actuales.

160. c) Condiciones económicas, sociales y políticas

El juez debe aplicar las circunstancias económicas y sociales del momento en que dicta su sentencia. El Código Civil argentino no puede ser interpretado y aplicado con el espíritu individualista de 1869, sino en concordancia con las nuevas ideas jurídicas que han sido el resultado de profundas convulsiones sociales y que han cristalizado en numerosas leyes.

161. d) El fin de la ley

Toda norma jurídica se dicta con un propósito determinado, tiene un fin; el intérprete debe tenerlo presente para contribuir a que ese fin se cumpla. Este es el sentido más frecuente con que los fallos de los tribunales emplean la expresión voluntad del legislador o de la ley: cuando se refieren a ella, aluden casi siempre al propósito que ha inspirado la norma jurídica y no a la intención psicológica del legislador-hombre. Con tal alcance, la expresión resulta perfectamente legítima.

162. e) Las fuentes, la discusión parlamentaria y otros trabajos preparatorios

En los métodos tradicionales para los cuales el objeto de la interpretación era establecer la intención del legislador, era muy importante la consideración de estos factores, puesto que ellos permitían seguir el pensamiento de los autores de la ley y precisar, dentro de lo posible, su alcance. Hoy, tal procedimiento ha caído en desprestigio; lo que interesa al intérprete no es lo que han pensado en su fuero íntimo el autor o autores de la ley (lo que resulta imposible descubrir la mayor parte de las veces) sino cuál es la interpretación más justa, la que mejor se adapta a las actuales circunstancias, la que satisface con mayor acierto el fin de la ley, que es siempre el bien común. Además, los trabajos preparatorios suelen ser confusos, contradictorios, ofrecen armas a todas las opiniones y dan lugar a argumentos que se anulan recíprocamente. La interpretación gana en certeza y autoridad, si se prescinde de ellos. La sensatez y el agudo sentido práctico, que son unas de las más ponderables condiciones de los jueces y juristas anglosajones, los han llevado a prescindir de los antecedentes parlamentarios en la interpretación de la ley. KOHLER ha ridiculizado la opinión según la cual la ley debe interpretarse de acuerdo con la discusión parlamentaria: "Que una cosa sea dicha o no en los debates, depende de muchos accidentes. Más importante que dar una opinión favorable, puede ser el hecho de que un orador voluble sufra un catarro, que un miembro de la oposición sufra del hígado o que las atracciones o diversiones de la capital sean demasiado fuertes

para otros. Seguramente sería un método bien extraño de interpretación aquél según el cual la validez de la ley pueda depender del estado de digestión de algunos parlamentarios. Más de un discurso no ha sido pronunciado en virtud de la extensión de las cuestiones previas o porque algún miembro sufría fatiga o porque se hallaba conversando fuera del recinto".

Por ello es objetable la jurisprudencia de la Suprema Corte, en cuanto ha reconocido el valor de interpretación auténtica a las manifestaciones del miembro informante de las comisiones parlamentarias, o a los fundamentos del mensaje del Poder Ejecutivo en que eleva al Congreso un proyecto de ley que después resulta sancionado. Aun limitada a las palabras del miembro informante, esta jurisprudencia se presta a serios reparos y ha dado lugar a fallos contradictorios, no obstante la alta autoridad de aquel tribunal.

Pero, en realidad, la reacción contra la consideración de las fuentes y la discusión parlamentaria, se ha producido silenciosamente. En la práctica de los tribunales, se las invoca solamente si favorecen a la interpretación que se cree preferible; pero se callan si la contradice. En verdad, ya nadie se decide en un sentido dado por lo que pueda haber dicho un diputado o sostenga el autor o la ley que han servido de fuente, si ello se opone a la solución que se estima más adecuada al caso.

Pero no queremos con ello desconocer todo valor a los llamados antecedentes históricos. Las opiniones vertidas en el seno del Parlamento o en informes previos, tienen desde luego valor doctrinario, tanto como puede tenerlo la opinión de los tratadistas, que con frecuencia son citados en los fallos; además, la discusión parlamentaria suele ser útil para poner de manifiesto el fin de la ley, cuando éste no surge claramente de su texto; finalmente, a veces ayudan a reconstruir las circunstancias políticas, económicas, etc., del momento en que se dictó la ley y, con ello, determinar la *ratio legis*, de manera que el juez pueda interpretarla de modo que satisfaga las necesidades que le han dado nacimiento y amoldarla a su evolución.

163. f) El resultado de la interpretación

Si de un texto legal pueden resultar dos o más interpretaciones distintas, debe preferirse aquella que sea más justa y que resuelva con mayor acierto y equidad los intereses en juego. Si se hubiera tenido en cuenta este principio interpretativo, no se hubiera anulado un testamento, en un caso cuyos antecedentes son los siguientes: el artículo 3662 del Código Civil, hoy derogado, establecía que tratándose de testamento por acto público, si el testador sabe firmar y no lo puede hacer, el escribano debe expresar la causa que se lo impide. La escritura decía que no firmaba "por encontrarse imposibilitado por causa de imposibilidad física". La cuestión a resolver por el tribunal era si esa manifestación bastaba para satisfacer el requisito del artículo 3662 o si, por el

contrario, era necesario expresar más concretamente la causa de la imposibilidad, como, por ejemplo, una herida en la mano, una parálisis, etc. La Cámara Civil 2ª resolvió que la manifestación contenida en la escritura era insuficiente y el testamento nulo. Entre dos interpretaciones posibles, prefirió aquella que desembocaba en una verdadera injusticia, como era desconocer la voluntad del testador, y despojar al heredero instituido de sus bienes. Si se hubiera tenido en cuenta el principio interpretativo de considerar el resultado, la solución hubiera sido precisamente la opuesta.

Con razón levanta DANZ su protesta contra estos fallos basados, según él, en la glorificación de conceptos artificiales. Es ella la que engendra el orgullo de muchos juristas que fallan desdeñosamente contra el sentimiento jurídico del pueblo, porque así lo exige el concepto que se inventan y al que llaman "lógicamente necesario" y si el profano se lleva las manos a la cabeza, aterrado ante la sentencia, le despachan con una sonrisa de superioridad y diciéndole: "¡Qué sabes tú de esto!".

Los tribunales revelan una tendencia cada vez mayor a tener en cuenta el resultado de la interpretación.

164. g) Consecuencias no previstas

En algunos casos, la aplicación de normas legales que en abstracto son justas, suele acarrear consecuencias que evidentemente no se han tenido en cuenta al dictar la ley y que importan una verdadera injusticia. Si es indudable que esta particular consecuencia no ha sido prevista por el legislador, el juez puede y debe apartarse del texto, y aplicar otras normas o principios legales. Es lo que se llama la interpretación restrictiva de la ley.

165. h) La analogía

La analogía, autorizada expresamente por el artículo 16 del anterior código, es un viejo procedimiento interpretativo, que se expresaba así: *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio.* Su fundamento reside en que, si el motivo de la ley es el mismo del caso no previsto, debe darse a éste la misma solución. La interpretación analógica es, pues, perfectamente legítima, pero debe aplicarse con cuidado.

166. i) Los adagios

En los métodos tradicionales, para los cuales la interpretación era un procedimiento puramente lógico, destinado a poner de relieve el contenido de la ley, se utilizaban mucho ciertos adagios, que no eran sino preceptos lógicos y principios de dialéctica jurídica, que facilitaban el razonamiento y prestaban apoyo a la argumentación. Algunos ejemplos son los siguientes: *ubi lex non*

distinguit, nec nos distinguere debemus (donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir); *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio* (donde existe la misma razón de la ley, debe aplicarse la misma disposición); *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* (cesando la razón de la ley, cesa su disposición); *inclusione unius, fit exclusio alterius* (al incluir a uno, se excluye a otro) que se expresa también así: *quod lex dicit de uno, negat de altero* (es el famoso argumento *a contrario sensu*); *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (las excepciones deben interpretarse estrictamente); *argumentum a maiori ad minus* (el que tiene derecho a lo más, tiene derecho a lo menos). Otros adagios tenían por objeto mantener firme el espíritu del juzgador, aunque la solución derivada de la interpretación resultara injusta: *Dura lex, sed lex* (la ley dura es sin embargo ley); *lex statuit de eo quod plerumque fit* (la ley estatuye teniendo en cuenta lo que sucede generalmente), con lo que se señalaba que los casos particulares debían sacrificarse al bien general.

La modificación sustancial operada en cuanto a los métodos interpretativos debía provocar naturalmente el desprestigio de estas reglas. La interpretación no es ya un mero ejercicio lógico, sino que importa la valoración de diversos e importantísimos factores sociales y políticos. Además, estos adagios suelen ser muchas veces contradictorios entre sí, como ocurre con los argumentos *ubi lex non distinguit...* y *cessante ratione legis...*". Cuando en una contienda judicial dice DUALDE se invoca uno de esos proverbios, a poca cultura jurídica que tenga el adversario, es seguro que lanzará otro, cabal y consagrado, que conduce a un resultado diferente". Y añade: "Generalmente se enuncian en latín, con lo que ganan en prestigio y acreditan a la par su estado de momias". No es extraño, por consiguiente que la doctrina moderna se haya pronunciado severamente contra ellos.

Los tribunales suelen todavía invocarlos, pero justo es reconocer que lo hacen con moderación y, por lo general, para apoyar una solución por la que ya se han decidido de antemano. Y no pocos pronunciamientos han puesto de manifiesto sus inconvenientes, e incongruencias, si se los adopta como principios generales interpretativos.

CAPÍTULO VI - PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES

I — Principio de la existencia

1. Elementos de las relaciones y situaciones jurídicas. Noción y remisiones

Las situaciones y relaciones jurídicas (cuyo concepto daremos en el nro. 567 y ss.) tienen los siguientes elementos esenciales: sujeto, objeto y causa.

contra la asimilación de esos inmigrantes a nuestra nacionalidad, debilitando la unidad del país.

Respecto de la capacidad e incapacidad de derecho, se aplica en cambio la ley territorial. En este punto, los jueces argentinos deben aplicar exclusivamente la ley argentina.

b) Respecto de los bienes inmuebles, el art. 2663 dispone: "La calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación" y el 2667 establece que "los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación".

c) Con relación a los bienes muebles, el Código hace una distinción entre los que tienen una situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, que son regidos por las leyes del lugar en que están situados (art. 2669), y los que el propietario lleva consigo o son de uso personal, esté o no en su domicilio o los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, que se rigen por la ley del domicilio de su dueño. Ahora si se controvierte o se desconoce su calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación (art. 2670, Cód. Civ. y Com.).

d) Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de su publicidad, se juzgan por las leyes y usos del país donde se hubieren otorgado (art. 2649, Cód. Civ. y Com.). Es de aplicación el principio clásico *locus regit actum*.

e) Las sucesiones son regidas por la ley del último domicilio del causante, cualquiera que sea la nacionalidad y el domicilio de los herederos o el lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de estos (art. 2643, Cód. Civ. y Com.).

CAPÍTULO VI - PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS NATURALES

I — Principio de la existencia

1. Elementos de las relaciones y situaciones jurídicas. Noción y remisiones

Las situaciones y relaciones jurídicas (cuyo concepto daremos en el nro. 567 y ss.) tienen los siguientes elementos esenciales: sujeto, objeto y causa.

El sujeto es el titular de los derechos y obligaciones; puede ser una persona humana o una persona jurídica.

El objeto es la prestación, es decir, lo que se debe. A veces, ese objeto se confunde con la cosa debida (así ocurre, por ejemplo, cuando se vende o se dona una cosa: esa cosa es el objeto de la obligación); otras, consiste en una conducta (las obligaciones de hacer o no hacer); finalmente, otras veces, la cosa y las obligaciones de hacer o no hacer están entremezcladas en ese objeto que es la prestación. Para mayores desarrollos de esta idea, véase el nro. 567 y ss.

Finalmente, de la causa trataremos en los nros. 602.

2. Persona, concepto y especies

A diferencia del Cód. Civil que en su art. 30 se afirmaba que eran personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, en el Cód. Civ. y Com. la persona humana es la que goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos (art. 22) sin otorgar concepto de Persona Humana, y en cambio las personas jurídicas son todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Cabe destacar que el Cód. Civ. y Com. no prevé concepto de *persona*, por no resultar necesario, dado que son personas todos los individuos de la especie humana desde el mismo instante de su concepción, en el que adquieren el estatus jurídico.

El Cód. Civil uruguayo establece acertadamente en su art. 21: "Son personas todos los individuos de la especie humana".

Por otra parte referimos que las personas pueden ser de existencia visible (o humanas) y de existencia ideal (o jurídicas).

3. Concepto de Persona Humana Natural

La persona natural es el hombre. Esta verdad axiomática y elemental ha quedado esfumada en la doctrina moderna, sobre todo después de las enseñanzas de KELSEN por un abuso en el desarrollo lógico del concepto.

Se sostiene que, si bien desde el punto de vista biológico y metafísico, persona significa hombre, desde el punto de vista jurídico designa simplemente a todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; por consiguiente, la circunstancia de que el derecho objetivo atribuya a algo o a alguien esa capacidad, convierte a ese ente en persona. De aquí no hay sino un paso a las conclusiones finales de KELSEN: persona, jurídicamente hablando, no es un algo concreto y externo al derecho; es simplemente un centro de imputación de normas, es una manera de designar la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen derechos y deberes. De ahí que el maestro vienés pueda

sostener que la noción de persona no es esencial al derecho y que no juega otro papel que el de facilitar su exposición. En la doctrina pura del derecho, la noción de persona ha quedado "disuelta".

En este desarrollo lógico, el divorcio entre hombre y persona es claro y completo. También es claro el sofisma implícito en aquel razonamiento. En efecto, la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona. En otras palabras, la persona no es un producto del derecho, no nace por obra y gracia del Estado; es el "hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere, sobre todo muere, el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere"; o bien es una entidad necesaria para el ejercicio de ciertos derechos naturales del hombre (personas jurídicas). Por eso es que el derecho, que no crea esas personas, tampoco podría desconocerlas ni menos aún crear arbitrariamente otras que no fueran el hombre o las entidades en que él desenvuelve sus actividades y sus derechos. No podría, por ejemplo, reconocer el carácter de persona a los animales o a las cosas inanimadas.

A.— Desde qué momento se reputa existente la persona

4. Principio legal

La existencia de las personas comienza en el momento mismo de su concepción (art. 4º del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a la CN, art. 75, inc. 22 y ley 23.849, art. 2º, aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño). En efecto, desde el instante en que se unen los gametos masculino y femenino, existe un nuevo individuo, único, rigurosamente diferente a todo otro individuo (Jeffreys, Alvarado Uriburu, Mc Lean); en ese embrión está todo el hombre.

Cabe señalar que el art. 19 del Cód. Civ. y Com. dispone expresamente que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, sin hacer distingos si la concepción ha sido en forma natural o a través de técnicas de fecundación asistida.

5. Fecundación artificial

El avance científico y tecnológico ha logrado que la concepción pueda llevarse a cabo en forma artificial tanto dentro como fuera del seno materno, ya sea utilizando espermatozoides del marido o los de un tercero; a la primera se la denomina fecundación homóloga; a la segunda heteróloga.

A) Entre las que buscan que la concepción sea dentro del seno materno cabe mencionar:

a) La Fecundación artificial homóloga, que consiste en introducir en el seno materno, de manera artificial, el semen del esposo. Esta técnica es conocida bajo la denominación de IAH.

b) La Fecundación artificial heteróloga, que consiste en la misma técnica de fecundación que la referida en el punto anterior solo que el semen utilizado no pertenece al esposo sino a un tercero.

B) Entre las técnicas que obtienen la fecundación del óvulo fuera del seno materno, en una probeta, cabe mencionar a:

a) La Fecundación in Vitro (FIV) es un método de reproducción asistida en el cual los espermatozoides y los ovocitos se unen fuera del seno materno en una probeta de laboratorio. Si la fertilización se produce, el embrión resultante es introducido en el útero donde se implantará.

Este procedimiento tiene, en muchos casos, como resultado la obtención de numerosos embriones, tres de los cuales son los que se utilizan en el primer intento de embarazo. El resto de los embriones, a los que se denominan embriones supernumerarios, son o bien congelados, o bien descartados y en muchos casos utilizados para la realización de investigaciones científicas.

b) La transferencia de gametos a las trompas de Falopio, proceso este comúnmente denominado G.I.F.T. Mediante este procedimiento se logra que los ovocitos y el esperma se pongan en contacto y luego se transfieran a una o a ambas trompas de Falopio, logrando así una fertilización similar a la natural, obteniendo que el embrión una vez fertilizado, vaya al útero en forma espontánea.

Estas técnicas que a la fecha no han sido reguladas legalmente, a diferencia de lo que ocurre en otros países del mundo, aunque se prevé una pronta regulación, merecen muy fundados reparos, en cuanto permiten manipulaciones genéticas de insospechadas consecuencias. La sociedad no puede ignorar, ni sorprender, ni hacerse la distraída con el grave problema que se produce con el descarte de embriones o con la manipulación de los embriones crioconservados o respecto de los bancos de semen.

En este sentido el Código expresamente veda toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión (art. 57).

Es que la vida humana no es una cosa, ni un objeto que pueda quedar al libre arbitrio de un investigador o de un laboratorio y como existe vida humana desde el mismo momento en que el óvulo es fecundado, desde ese mismo momento merece toda su protección.

La inseminación artificial que había sido cuestionada, desde posiciones religiosas, es hoy aceptada casi universalmente. No obstante, da lugar a serios problemas familiares.

Para poder someterse al uso de técnicas de reproducción asistida, los solicitantes o el solicitante debe prestar previamente su consentimiento y este debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones (art. 560). Ahora bien, este consentimiento es revocable mientras no se haya producido la concepción o no se hubiere implantado el embrión (art. 561).

En el caso de que el óvulo fecundado por los cónyuges haya sido crioconservado, producido el fallecimiento del esposo, ¿la cónyuge supérstite puede pedir su implantación? El anteproyecto del Cód. Civ. y Com. preveía que ello era factible si se lo implantaba dentro del año de producido el fallecimiento. El legislador entendió que el anteproyecto traería numerosos inconvenientes y atento a los grandes cuestionamientos que había hecho la sociedad, desechó esa incorporación a nuestro sistema normativo, lo que consideramos por demás acertado.

6. Naturaleza jurídica del embrión

Conforme el art. 19 del Cód. Civ. y Com. la existencia de las personas comienza desde la concepción, es decir, a partir de ese momento se es persona, sin hacer distinción alguna si dicha concepción ha sido en forma natural o por medio de técnicas de reproducción asistida, en un todo de acuerdo con lo establecido en el pacto de San José de Costa Rica que no hace ningún distingo al reafirmar que la vida comienza en el momento mismo de la concepción (art. 4º).

7. Condición del nacimiento con vida

No obstante que, según el art. 19, la existencia de las personas comienza desde la concepción, la consolidación de su estado está sujeto al hecho de que nazcan con vida, pues si muriesen antes de estar completamente separadas del seno materno, serán consideradas como si no hubieran existido (art. 21). Esta previsión es de vital trascendencia en lo referido a los derechos de naturaleza patrimonial que el *nasciturus* pudiera haber adquirido durante la gestación.

Debemos tener presente que los derechos personalísimos adquiridos por la persona humana desde la concepción nacen y se extinguen con la propia persona, por lo tanto, no tiene ningún sentido la referencia del nacimiento con vida. No sucede lo mismo con los derechos patrimoniales, cuya característica fundamental es la transmisibilidad. Ahora bien ¿qué pasaría con los derechos patrimoniales que pudiera haber adquirido la persona por nacer? En este caso, la consolidación de la adquisición de estos derechos está subordinada a la condición del nacimiento con vida.

Esta solución es lógica pues la personalidad se reconoce a los efectos de la protección jurídica y de la adquisición de ciertos derechos; fallecido el feto antes de nacer, carece ya de objeto.

B.— Concepción y embarazo

8. Importancia de la cuestión

Puesto que la existencia de las personas comienza con la concepción, resulta imprescindible fijar ese momento. La importancia práctica de esta cuestión se pone de relieve en los siguientes casos: a) es el momento de la concepción el que permite establecer si un hijo es o no matrimonial; b) en caso de que la viuda se case antes de los diez meses del fallecimiento del marido anterior, tiene importancia para saber si los hijos pertenecen al primero o segundo marido; c) depende del momento de la concepción la validez del reconocimiento de un hijo extramatrimonial hecho antes del nacimiento; d) también depende de él la adquisición de derechos por donación o herencia, puesto que si la donación se hubiera hecho y la sucesión se hubiera abierto antes de aquel momento, la persona no podría adquirir ningún derecho por tales conceptos.

De ahí que el Código fijara en su anterior redacción con toda precisión la época de la concepción y la duración del embarazo, estableciendo presunciones *juris et de jure*, vale decir, que no admitían prueba en contra, pero el avance científico y tecnológico de nuestros días ha hecho variar este concepto, puesto que hoy es posible probar la existencia de embarazos menores o mayores a los de ciento ochenta y trescientos días respectivamente.

9. Términos legales

El art. 20 dispone que la "época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento".

Como puede apreciarse, el Cód. Civ. y Com. ha tomado una fecha cierta, la del nacimiento, sobre la base de la cual se ha calculado la época de la concepción, teniendo en cuenta la duración posible del embarazo. Es a partir de la fecha del nacimiento que se cuenta, para atrás, ciento ochenta o trescientos días: en el período de ciento veinte días que corren entre estas dos fechas se presume ocurrida la concepción. Así, por ejemplo, si una persona hubiera nacido el 31 de diciembre, la concepción se supone entre el 6 de marzo y el 4 de junio del mismo año. Para contar este plazo se excluye el día del nacimiento y el del matrimonio o su disolución.

10. Carácter de la presunción

En el Cód. Civil, esta presunción no admitía prueba en contrario, pero la ley 23.264 invirtió la regla admitiendo la prueba en contrario, criterio este que quedó ratificado en el nuevo Cód. Civ. y Com. Este criterio obedece a dos razones. La primera, que se ha demostrado científicamente y en los hechos que puede haber embarazos de menos de ciento ochenta días y de más de trescientos. La segunda, que los nuevos métodos para establecer una relación de filiación han progresado tanto recientemente, que puede determinarse con un porcentaje de más del 99,99% si una persona es hija o no de otra, de tal modo que ante esa prueba, la presunción legal debe ceder.

11. Reconocimiento del embarazo: su interés

Puesto que la persona está jurídicamente protegida desde el momento de su concepción, hay un indiscutible interés en determinar la efectividad del embarazo. Pero no solo está de por medio el interés de la persona por nacer y la necesidad de amparar su vida y sus derechos, sino que eventualmente pueden existir otras personas cuyos derechos patrimoniales dependan del nacimiento.

Puede ocurrir, en efecto, que el parto sea simulado o supuesto, para perjudicar en sus derechos hereditarios a los parientes consanguíneos de su marido fallecido; puede ocurrir que con análogos propósitos se sustituye al hijo nacido muerto, por otra criatura viva; finalmente, puede la madre tener interés en suprimir u ocultar el nacimiento, ya sea para eliminar la prueba inequívoca del adulterio, o para heredar sola los bienes de su marido fallecido.

Se justifica, por consiguiente, el reconocimiento del embarazo. Para ello, se tendrá por reconocido el embarazo de la madre por la simple declaración de ella y el marido, o de otras partes interesadas, de no ser así la dilucidación del problema de si el embarazo es o no efectivo, obligaría a adoptar medidas lesivas para la dignidad de la madre y que no tendrían en realidad objeto, pues muy pronto el proceso natural de aquel embarazo, con el consiguiente nacimiento, demostrará la verdad o falsedad de la denuncia.

12. Personas interesadas

Podrán ser partes interesadas en el reconocimiento: los parientes en general del no nacido, y todos aquellos a quienes los bienes hubieren de pertenecer si no sucediere el parto, o si el hijo no naciera vivo, o si antes del nacimiento se verificare que el hijo no fuera concebido en tiempo propio; los acreedores de la herencia; el Ministerio de Menores.

13. Medidas de seguridad autorizadas

Según se ha puesto de relieve en los párrafos anteriores, el interés en la efectividad del embarazo y del nacimiento es muy grande. No es extraño,

por consiguiente, que en las legislaciones antiguas se extremasen los procedimientos para evitar fraudes y los consiguientes perjuicios para terceros. En el derecho romano, la mujer embarazada debía someterse a revisaciones periódicas por parteras designadas por el marido; podía ser depositada en casa honesta; treinta días antes del parto el marido tenía derecho a "la custodia del vientre" a cuyo fin hacían guardia en la puerta de la habitación tres mujeres y tres hombres libres; se reglamentaba el número de personas que podían asistir al parto y, finalmente, se disponía que en la habitación debía haber permanentemente encendidas tres luces, porque la oscuridad es más a propósito para la sustitución del hijo (Digesto, Lib. XXV, tít. III, L. 1). Muy similares eran las disposiciones de las Partidas (Partida VI, tít. VI. L. XVII).

Para el concepto moderno, tales medidas resultan vejatorias para la mujer; por eso, en el derecho actual se prohíben todos los procedimientos o medidas que puedan afectar la dignidad de la futura madre.

Ya el Código de VÉLEZ disponía que "no tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto o después de tener lugar, ni a requerimiento de la propia mujer antes o después de la muerte del marido, ni a requerimiento de este o de partes interesadas" (art. 78).

El texto del Código no podía ser más expreso en el sentido de prohibir cualquier medida que signifique el reconocimiento del embarazo o del parto; sin embargo, el sistema legal se complica singularmente con otros textos que también se refieren a la misma cuestión. Hoy el nuevo Cód. Civ. y Com. no hace referencia alguna al tema en cuestión pero entendemos que el juez puede adoptar disposiciones tendientes a garantizar la efectividad del parto, proteger la vida del recién nacido y determinar la fecha del nacimiento que hacen a los derechos personalísimos de la persona humana. Esta es también la tendencia de la legislación comparada más moderna (el Cód. Civil peruano es uno de los pocos cuerpos legislativos que mantienen la previsión en su art. 2º "La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del Juez, puedan tener derechos que resulten afectados. El Juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición"; así como el Cód. Civil ecuatoriano, art. 61: "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra").

14. Interés jurídico

Hemos dicho ya que si bien la persona comienza su vida desde la concepción (art. 19), su existencia jurídica está supeditada al hecho de que nazca viva: si no nace con vida se considera que la persona nunca existió (art. 21).

Desde el punto de vista patrimonial, el nacimiento tiene, pues, gran importancia. Así, por ejemplo, puede ocurrir que la persona por nacer haya recibido un legado; si no naciera o si naciera muerta, esos bienes se reparten entre los herederos legítimos del testador; en cambio, si hubiera nacido viva, aunque fuera por algunos instantes, aquellos resultan definitivamente adquiridos por la criatura, y a su muerte los heredan sus sucesores legítimos y no los del testador.

15. La condición del nacimiento con vida

No basta con que se produzca el alumbramiento para que los derechos se adquieran definitivamente: es necesario el nacimiento con vida.

¿Cuándo debe reputarse que la persona ha vivido? El Código sienta en esta materia dos principios fundamentales: 1º) se presume que la persona nació con vida, aunque sea por algunos instantes (art. 21); 2º) en caso de duda de si nació o no con vida, debe reputarse que sí, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario (art. 75). Vamos a ocuparnos separadamente de estos dos principios.

16. a) Vida posterior a la separación de la madre

Basta con que haya vivido, aunque sea por unos instantes, sin que quepa hacer ninguna distinción entre el nacimiento espontáneo y el logrado por medios quirúrgicos o entre el parto prematuro o tardío y el sobrevenido en tiempo adecuado.

No es indispensable, sin embargo, que haya sido cortado el cordón umbilical; lo que importa es que la criatura haya vivido fuera de la matriz.

17. b) Prueba: presunción legal

Sin perjuicio de que el nacimiento con vida se presume (art. 21), puede igualmente probarse por todos los medios. Tienen especial importancia el testimonio del médico o partera, o de los otros testigos asistentes al parto que hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos o hubiesen observado otros signos de vida. Actualmente, el perfeccionamiento de la ciencia obliga a considerar especialmente la pericia médica.

Pero es necesario destacar que la ley presume, en caso de duda, que la criatura ha nacido con vida; la prueba de que no ha sido así incumbe al que alegue lo contrario (art. 21).

18. La cuestión de la viabilidad

Algunas legislaciones extranjeras exigen, para tener por cierta la existencia jurídica de una persona, el requisito de la viabilidad, es decir, la aptitud física para sobrevivir. No bastaría, por consiguiente, que la criatura hubiera vivido algunos momentos u horas, si se demuestra que por un defecto orgánico estaba impedida de seguir viviendo.

El Cód. Civ. y Com. ha reiterado, con gran acierto, el rechazo de este requisito. A nuestro entender, el sistema del Código se justifica plenamente por las siguientes razones: a) en primer término, es la solución que impone el respeto debido al ser humano; basta con que la criatura haya tenido aunque sea por instantes el soplo de la vida, para que el derecho no pueda considerarla como inexistente, puesto que existió; b) en segundo lugar, ¿qué diferencia hay, desde el punto de vista jurídico, entre una criatura que ha vivido algunos instantes y fallecido por un hecho accidental y otra que ha fallecido por un defecto orgánico? ¿Por qué ha de ser más persona aquella que esta?; c) por fin, la cuestión de si hay o no una incapacidad orgánica para sobrevivir, da origen a innumerables y enojosas cuestiones de hecho, que no siempre pueden resolverse satisfactoriamente. Puede tratarse de un defecto que le permita vivir algunos meses; ¿en qué sentido resolver la cuestión de la viabilidad?

A ello se debe que las legislaciones modernas hayan abandonado este requisito, que algunas adoptaran por la prestigiosa influencia del Código francés. Cabe citar, entre otra las legislaciones que contenían este requisito y que lo han abandonado, al Cód. Civil español que, en su art. 30, exigía un plazo de vida de veinticuatro horas y que ahora, en su nueva redacción, establece que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno; en igual sentido el Cód. Civil ecuatoriano en su art. 60 expresa que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre; el Código de Bolivia destaca en su art. 1º que el nacimiento señala el comienzo de la personalidad, finalmente el Cód. Civil uruguayo ha derogado el art. 171 que lo preveía.

19. Caso de mellizos

El momento del nacimiento tenía en determinadas legislaciones un interés peculiar en el caso de mellizos. Es que en el derecho antiguo se admitía el mayorazgo y eso implicaba que los títulos y bienes del padre pasaban al hijo mayor, por lo tanto, tenía una importancia fundamental la determinación de quién había nacido en primer lugar.

En nuestro país la abolición de títulos de nobleza y la igualdad de todos los hijos frente a la sucesión de los padres, han puesto fin a la cuestión.

20. Capacidad y representación de las personas por nacer: remisión

Sobre este punto nos remitimos a los nros. 319 y ss.

II — Fin de la existencia

§ 1.— Muerte comprobada

21. Prueba

La existencia jurídica de las personas naturales termina con la muerte (art. 93).

Para que se produzcan los efectos inherentes a la terminación de la existencia, disolución del vínculo matrimonial, conclusión de las relaciones de parentesco, transmisión de derechos patrimoniales, etc., es necesario que la muerte sea comprobada. Dicha comprobación queda sujeta a los estándares médicos aceptados. Sobre los medios de prueba hemos de ocuparnos más adelante.

Antiguamente para tener por acreditada la muerte era necesaria la comprobación, comprobación esta que era con la presencia del cadáver; o con la declaración de los testigos que lo habían visto e identificado.

La jurisprudencia anterior a la sanción de la ley 14.394 había mantenido este principio con una rigidez intolerable. Sin la identificación del cadáver, no podía tenerse por acaecido el fallecimiento, no obstante la ausencia más prolongada, ni aun en el caso de que hubiera desaparecido en un desastre de mar o aéreo. Esto daba lugar a las consecuencias más injustas, sobre todo teniendo en cuenta el régimen legal de la ausencia con presunción de fallecimiento en nuestro Código. Para disponer de los bienes era necesario esperar los largos plazos legales; el cónyuge presente no podía volver a contraer matrimonio por prolongada que fuere la ausencia. Los inconvenientes de esta jurisprudencia se pusieron de manifiesto de una manera dramática y evidente con motivo del hundimiento del Fournier, un barco de nuestra marina de guerra que se hundió en los canales fueguinos; no se hallaron los cadáveres, pero técnica y científicamente era imposible que ninguno de sus tripulantes hubiera sobrevivido, dadas las condiciones climáticas, el frío de la región, la aridez de los canales fueguinos. Enfrentándose con aquella jurisprudencia, un tribunal bonaerense reputó fallecido y no simplemente ausente a un oficial de aquella nave.

La ley 14.394 puso en su momento punto final a esta cuestión, con un precepto desde todo punto de vista plausible: "En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la correspondiente inscripción en el Registro, siempre que la desaparición se hubiese producido en

circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla, se aplicará en el caso en que no fuese posible la identificación del cadáver" establecía el art. 33.

Este criterio ha sido reiterado y ampliado por el legislador en el art. 98 del Cód. Civ. y Com. al establecer que "si el cadáver de una persona no es hallado o no puede ser identificado, el juez puede tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, si la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida como cierta".

22. Caso de conmoriencia

Puede ocurrir que en un accidente mueran varias personas; interesa sobremanera determinar legalmente quién ha fallecido primero, puesto que ello puede resultar decisivo para la transmisión de los derechos sucesorios. Si, por ejemplo, viajaren juntos el padre y su hijo casado, y se probase que el hijo falleció algunas horas después que aquel, los bienes del progenitor pasarán a poder de su nuera en la porción que le hubieran correspondido a su marido, puesto que la muerte del padre tuvo como efecto la transmisión de sus derechos al hijo, y la muerte de este a su cónyuge. Si, por el contrario, el padre hubiera muerto algunas horas después que el hijo, la nuera no hereda.

Con frecuencia resulta imposible determinar quién ha muerto primero; en este caso nuestra ley presume que todas las personas que hubieren fallecido en un desastre común, o en cualquier otra circunstancia, han fallecido al mismo tiempo, si no puede determinarse lo contrario (art. 95).

Como se ve, el Cód. Civ. y Com. se refiere no solamente a un desastre común, sino también a cualquier otra circunstancia, vale decir que la presunción es aplicable a cualquier hipótesis en la que no se pueda determinar quién ha fallecido primero, aunque no se trate de un mismo accidente o desgracia común; así, por ejemplo, podría ocurrir que dos personas mueran en lugares diferentes y por distintas causas, y no hay posibilidad de determinar el día o momento de las respectivas muertes.

23. La muerte civil

Las legislaciones antiguas conocían una institución repugnante al sentimiento jurídico moderno y que perduró en algunos países hasta mediados del siglo XIX: la muerte civil. Los delincuentes condenados por ciertos delitos graves a deportación eran reputados, a manera de condena adicional, como civilmente muertos. En el derecho germánico, el juez pronunciaba estas palabras al condenar a una persona a esta pena: "Tú quedarás fuera del derecho. Viuda es tu mujer; sin padre tus hijos. Tu cuerpo y tus carnes son consagrados a las fieras de los bosques, a los pájaros del aire, a los peces de las aguas. Los cuatro caminos del mundo

se abren ante ti para que vayas errante por ellos; donde todos tienen paz, tú no la tendrás". Esta rudeza legislativa tendió a aminorarse a lo largo de la Edad Media. En la misma condición se encontraban, aunque naturalmente por distintos motivos, los sacerdotes que ingresaban como regulares a una orden religiosa, haciendo votos perpetuos de obediencia, pobreza y castidad.

Los efectos de la muerte civil eran los siguientes: a) apertura de la sucesión, pasando sus bienes a los herederos legítimos o testamentarios; b) pérdida de los derechos civiles y políticos, fueran de familia, patrimoniales, etc., como también de los títulos de nobleza; c) disolución del vínculo matrimonial; sin embargo, las Partidas solo admitían la disolución del matrimonio si uno de los cónyuges "entrase en orden de religión ante que se ayuntasen carnalmiente" (Partida IV, tít. X, L. V).

El derecho moderno ha repudiado unánimemente la muerte civil, que es además inconciliable con la dignidad humana y con los derechos naturales y humanos y, por lo tanto, incompatibles con diversas prescripciones de la CN (arts. 14, 15 y 16) y con los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional.

24. Efectos de la muerte con relación a los derechos: la sucesión

Toda persona es titular de un complejo vastísimo de derechos de muy distinta naturaleza. La muerte extingue muchos de ellos, pues son propios de cada persona y no se concebiría que nadie sino ellas mismas puedan ejercerlos. Otros, en cambio, se transmiten a los herederos; no solamente nada se opone a que otras personas pasen a ser los titulares, sino que hay incluso una razón social en favor de la transmisión. Tal es, por ejemplo, el caso del derecho de propiedad. Es necesario reconocer siempre a alguien el carácter de dueño, para evitar que las cosas se conviertan en *res nullius*, desaprovechadas y estériles.

25. a) Derechos inherentes a la personalidad

Son inherentes a la persona y, por tanto, no transmisibles por causa de muerte, todos los derechos extrapatrimoniales. El ejemplo típico son los de familia. Las facultades propias del estado de padre, hijo, esposo, pariente, se extinguen con la vida. En cambio, los derechos patrimoniales son en principio transmisibles, salvo las siguientes hipótesis: 1º) que la ley dispusiera lo contrario; 2º) que en el contrato en que se origina el derecho se hubiera establecido que los derechos nacidos de él no se transmiten a los sucesores; ejemplo típico es el de la renta vitalicia, que dura por toda la vida del particular y se extingue con la muerte; 3º) que por la misma naturaleza del derecho, este no fuera transmisible; tal sería el caso del pintor que se hubiera comprometido a realizar un retrato; es obvio que a su muerte, el que contrató con él no podría exigir de los herederos el cumplimiento de la obligación contraída por el causante.

b) Derechos transmisibles *mortis causa*. Todos los derechos patrimoniales no comprendidos en las excepciones aludidas en el párrafo anterior pueden transmitirse por causa de muerte.

La sucesión puede ser a título universal o singular. En el primer caso, el sucesor recibe la totalidad o una parte alícuota del patrimonio del causante y adquiere el nombre de heredero. En la segunda hipótesis, solo se transmiten bienes o derechos determinados; una cosa, acciones, dinero, etc. Este sucesor se llama legatario.

La herencia puede ser testamentaria o intestada. En el primer caso, la transmisión se opera por voluntad del causante, manifestada formalmente por testamento. Bien entendido, sin embargo, que el testador debe respetar siempre la legítima, es decir, la porción de la herencia con la cual la ley favorece a ciertos parientes y de la que no pueden ser privados. La disposición de bienes por acto de última voluntad solo puede referirse, por tanto, a la porción disponible.

La herencia se llama intestada cuando el causante ha fallecido sin otorgar testamento. En ese caso la ley dispone el orden en el cual la herencia se ha de distribuir entre los parientes.

Finalmente cabe agregar que aunque generalmente la posición en que se encuentra el sucesor respecto del derecho recibido *mortis causa* es exactamente la misma que tenía el causante, en algunos casos excepcionales no ocurre así. Tal acontece con los derechos intelectuales, que son gozados por el autor durante toda su vida, mientras que los herederos solo los poseen por un lapso que varía según las leyes y que en nuestro país se extiende hasta los setenta años de producida la muerte del autor (art. 5 bis, ley 11.723 modif. por ley 26.570).

El desarrollo de estas nociones corresponde al curso de sucesiones.

§ 2.— Ausencia simple y Muerte presunta. Diferenciación

26. La institución de la ausencia

Ocurre con frecuencia que una persona desaparece de su domicilio o del lugar habitual de sus actividades, sin que se tenga noticia alguna de ella. La simple ausencia, si el tiempo no es muy prolongado, no tiene por qué dar origen a sospechas de fallecimiento, ni a tomar medidas respecto de los bienes de esa persona; pero cuando la desaparición se prolonga, sobre todo si ella ha importado el abandono de la familia, los intereses, etc., no puede evitarse la sospecha del fallecimiento. Además, la desaparición suele ocurrir a veces en circunstancias que hacen más que probable ese desenlace, como, por ejemplo, si hubiera mediado un naufragio, un accidente de aviación, un hecho de guerra. No se tiene en ningún caso la certeza de la muerte, y, por consiguiente, puede ocurrir

que el desaparecido esté aún con vida. Pero sin duda lo más probable, después de transcurrido algún tiempo sin que se tengan noticias de él, es que haya fallecido. El derecho interviene entonces en defensa de los intereses del ausente y de sus causahabientes, o para decirlo de una manera más general y comprensiva, de todos los que tienen un derecho subordinado a la condición de su muerte.

De lo dicho hasta aquí resulta que, desde el punto de vista del derecho, interesa distinguir tres situaciones posibles: 1) la ausencia de la persona que deja su domicilio, pero se conoce su paradero, está en correspondencia con su familia y ha dejado poderes suficientes para el manejo de sus bienes; 2) la ausencia de quien ha desaparecido de su domicilio sin dejar noticias de su paradero ni poderes para la administración de sus bienes; no hay ninguna razón todavía para presumir su muerte, pero puede ser indispensable adoptar algunas medidas urgentes para el cuidado de sus bienes (de esta ausencia tratamos en los nro. 196); 3) la desaparición se ha producido en circunstancias tales o se ha prolongado durante un tiempo suficiente como para hacer razonable la sospecha de la muerte: es la ausencia con presunción de fallecimiento.

Antiguamente, un viaje significaba siempre una incertidumbre. En la práctica, no había otro medio de tener conocimiento de un naufragio que por la circunstancia de que el barco no llegaba a destino; pero quizás era solo una pérdida de rumbo, o un acto de piratería a consecuencia del cual los tripulantes estuvieran prisioneros, o tal vez algunos o todos los náufragos hubieran llegado a tierra firme en un bote. Un viaje por tierra no estaba expuesto a menos contingencias y, sobre todo, implicaba la misma imposibilidad de comunicarse y explicar la tardanza. Actualmente, la radio, el teléfono, internet, el avión, han suprimido estos riesgos. Los medios de comunicación y de transporte permiten saber de inmediato, en tiempo real quiénes sobreviven en un naufragio o en un accidente de aviación u otro cualquiera. Es claro que es posible la hipótesis de la persona que se va a un país lejano y abandona todo, cortando a designio toda comunicación con su familia, sus amigos, sus intereses. Pero quien procede así no merece la protección del derecho, por lo menos en la misma medida que el ausente desaparecido contra su voluntad.

Pero si la institución de la ausencia con presunción de fallecimiento ha disminuido en importancia e interés en tiempos normales, cobra gran actualidad en los casos de guerra. Las dos terribles guerras ocurridas en la primera mitad del siglo pasado, los últimos conflictos mundiales y las desapariciones de personas ocurridas en nuestro país a fines de la década de los setenta demuestran con harta elocuencia la importancia de la institución. Millones de personas desaparecieron como consecuencia de estos hechos sin que sus familiares supieran de su paradero, lo que originó la elaboración de una copiosa legislación tendiente a dar solución

al problema. Tampoco hay que olvidar, desgraciadamente, la hipótesis de persecuciones políticas en aquellos países en los que está suprimida la libertad de opinión, que frecuentemente se traduce en la desaparición del adversario.

En nuestro país, la ley 14.394 fue la primera norma que reguló la institución de ausencia, al legislar la administración de los bienes del ausente se abreviaron considerablemente los plazos para la presunción del fallecimiento; se autorizó el casamiento del cónyuge del presunto fallecido y se corrigió y mejoró la técnica legislativa. Esta ley ha sido un valioso antecedente de los arts. 85 al 92 del Cód. Civ. y Com.

A.— Ausencia simple

27. Interés jurídico

Para declarar el fallecimiento presunto la ley exige el transcurso de cierto término, que varía según los casos (v. nros. 203). Pero desde el momento en que una persona ha desaparecido del centro de sus actividades y aunque no haya transcurrido un tiempo tan prolongado como para hacer lógica la presunción del fallecimiento, existe ya interés en adoptar algunas medidas en protección de sus bienes. En efecto, esa persona puede haber dejado bienes que es necesario conservar, y que no podrían quedar abandonados sin grave perjuicio personal y aun social.

Conviene destacar que, en este período, no existe todavía una presunción de fallecimiento; lo único que hay es una simple ausencia. No se justificaría, por tanto, ninguna medida que fuera más allá de lo que exigen la defensa y conservación de los intereses del ausente.

28. Curador a los bienes

Cuando una persona hubiese desaparecido de su domicilio sin que se tenga noticia de ella y no hubiere dejado apoderado, o si habiendo uno designado no tuviere poderes suficientes, el juez que sea competente en el proceso, puede designar un curador a sus bienes si estos requieren cuidado (art. 79, Cód. Civ. y Com.).

Procede también la designación de un curador cuando el mandatario designado no se desempeña convenientemente. En caso de urgencia el juez puede designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejen (art. 82).

29. Quiénes pueden pedir la designación de curador

Podrán pedir el nombramiento de curador el Ministerio Público y toda persona que tuviere interés legítimo respecto de los bienes del ausente, esto es, no solo los herederos, sino también las personas que tuvieran derecho a los bienes subordinados a la condición de su muerte; tienen

igualmente el mismo derecho todos los que tienen interés legítimo en su conservación; tal es el caso de los acreedores, los socios, etc.

Aunque la ley no lo dispone expresamente, consideramos que también puede pedir la designación de curador el administrador o mandatario dejado por el ausente, cuyos poderes fueran insuficientes. En efecto, nadie mejor que él para apreciar la necesidad de la medida que solicita en defensa de los intereses que le fueron confiados.

30. En quiénes debe recaer la designación

Establece el art. 139 del Cód. Civ. y Com., que el juez puede nombrar como curadores en caso de ausencia de un mandatario con poderes suficientes a:

a) El cónyuge no separado de hecho;

b) al conviviente;

c) a los hijos;

d) padres y

e) a los hermanos.

Para proceder a la designación del curador el juez deberá designar a aquel a quien él considere con mayor aptitud para proteger el patrimonio del ausente, teniendo en cuenta además, la idoneidad moral y económica.

Es necesario puntualizar que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de fallecimiento presunto, el nombramiento de curador debe recaer sobre una sola persona. Lo que se tutela fundamentalmente es el interés del ausente; y mientras no haya razones legales para suponer el deceso, sería inexplicable la partición de los bienes.

31. Juez competente

Será competente para entender en la designación de curador el juez del domicilio del ausente o del lugar en donde existan bienes y si existen bienes en distintas jurisdicciones, el que hubiere prevenido (art. 81, Cód. Civ. y Com.).

32. Facultades y obligaciones del curador

Las calidades personales, facultades y obligaciones del curador del ausente, se rigen por lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. respecto de los curadores (art. 84).

Las facultades del curador se refieren únicamente a los bienes del ausente, y no a su persona, a diferencia de los curadores comunes.

33. Cómo termina la curatela

La curatela de los bienes del ausente termina: 1º) por la presentación del ausente, sea personalmente o por apoderado; 2º) por su muerte; 3º) por su fallecimiento presunto judicialmente declarado (art. 84).

B.— Presunción de fallecimiento

34. Términos requeridos para la declaración de muerte presunta

La simple ausencia de una persona del lugar de sus actividades y de la residencia de su familia, no basta por sí sola para presumir el fallecimiento. Pero, si esta ausencia se prolonga durante algunos años, el abandono de su familia y de sus bienes y la circunstancia de que no se tenga de él noticia alguna, hacen nacer aquella presunción. El término difiere, según se trate de casos ordinarios o extraordinarios.

35. a) Casos ordinarios

La primera hipótesis es la de la desaparición de una persona del lugar de su domicilio, sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años sin que medie ningún accidente u otro hecho del que haya podido resultar su fallecimiento. Simplemente, la persona se ha ido, ha desaparecido sin que de ella se tenga noticia alguna. En este caso, la ley presume el fallecimiento a los tres años, haya o no dejado apoderado (art. 85). El término se cuenta desde la fecha de la última noticia que se tuvo de la existencia del ausente (art. 85).

36. b) Casos extraordinarios

Pero, si la persona hubiera desaparecido a raíz de un accidente u otro hecho cualquiera capaz de provocarle la muerte, no se justificaría un plazo tan prolongado para presumir el deceso. El Código prevé dos hipótesis diferentes en el art. 86:

1º) Cuando se hubiese encontrado en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte o participó en una actividad que implique el mismo riesgo, se presume el fallecimiento del ausente si no se tuviere noticias de él por el término de dos años contados desde el día en que ocurrió o pudo haber ocurrido el suceso.

2º) Si el ausente se encontrara en una nave o aeronave naufragados o perdidos, y no se tuviese noticia de su existencia el plazo se reduce a seis meses del día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

Estos plazos deben contarse desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido (art. 86). En caso de que no se sepa con certeza el día del siniestro, el plazo se contará de la siguiente manera: 1º) si se trata de la hipótesis de incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, empezará a contarse desde el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido; 2º) si hubiera desaparecido

en un buque o aeronave, desde el último día en que se tuvo noticia de la nave perdida. Estas reglas, establecidas en el art. 90 para la fijación del día presuntivo del fallecimiento, son de entera aplicación para contar el plazo legal de la ausencia.

37. Desaparición forzada de personas

Con motivo de las desapariciones de personas en la época del llamado "proceso de reorganización nacional" (1976-1983), se dictó en el año 1994 la ley 24.321, que declaró la "desaparición forzada" de las personas que hubieren desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia sin que se tenga noticias de su paradero, entendiéndose que esta desaparición se produjo cuando se hubiere privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuere seguido por la desaparición de la víctima o bien cuando esta hubiere estado alojada en lugares clandestinos de detención o privado, bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción antes del 10 de diciembre de 1983.

En los casos mencionados el juez, transcurridos sesenta días corridos desde la última publicación de edictos, previa vista al defensor de ausentes, procederá a declarar la ausencia por desaparición forzada fijándose como fecha presuntiva de la desaparición la de la fecha de la denuncia originaria ante el organismo competente o en su caso el de la última noticia fehaciente, si la hubiere, sobre el desaparecido.

La normativa sancionada está en consonancia con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y que cuenta con jerarquía constitucional conforme la ley 24.820, como así también con la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que ha expresado que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada a varios derechos protegidos por la Convención y supone, además, el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar dichos derechos.

La "desaparición forzada" tendrá efectos análogos a la ausencia con presunción de fallecimiento tal como lo dispone el art. 7º de la ley 24.321.

La ley establece además que en aquellos casos en que media sentencia firme que declara la ausencia con presunción de fallecimiento inscripta en el Registro Nacional de las Personas o pendiente de inscripción, se puede reconvertir la sentencia por la de "ausencia por desaparición forzada" solo probándose los extremos del art. 2º ante el mismo juzgado en el que fue dictada la ausencia. Probada la desaparición forzada el juez ordenará el cambio de inscripción (art. 10).

1.— El juicio de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento

38. Quiénes tienen derecho a pedir la declaración de ausencia

Pueden pedirla todas las personas que tengan algún derecho supeditado a la muerte del ausente (art. 87). Por consiguiente, pueden hacerlo:

a) El cónyuge, sea o no heredero del ausente, siempre que demuestre un interés patrimonial o de otro orden en la declaración de fallecimiento presunto.

b) Los presuntos herederos, sean legítimos o instituidos en un testamento ológrafo o por acto público.

c) Los legatarios instituidos en testamento.

d) El beneficiario de un seguro de vida; el donante, cuando la donación hubiera sido hecha con cláusula de reversión en caso de muerte del donatario; el deudor de una renta vitalicia en favor del ausente; el propietario sobre cuyos bienes pesó un usufructo de por vida en favor del ausente; los acreedores de los herederos del ausente, en ejercicio de la acción subrogatoria.

e) El ministerio fiscal, entendiendo por tal los asesores de menores e incapaces en representación de los presuntos derecho-habientes incapaces; y los agentes y representantes de la Dirección General Impositiva, desde que el fisco tiene derechos sucesorios sobre las herencias vacantes.

En cambio, carecen de derecho a iniciar el juicio los acreedores, que si bien pueden estar interesados en la designación de un curador a los bienes, que cuide de estos (v. nro. 198), no lo están en cambio en que se declare su muerte presunta, desde que esta circunstancia en nada influye en el cobro de sus créditos; tampoco pueden hacerlo los socios, los parientes en grado no sucesible, los amigos.

39. Designación de defensor y curador

La primera medida que debe adoptar el juez ante un pedido de declaración de fallecimiento presunto es dar intervención al defensor oficial (art. 88). Si hubiese bienes, en el mismo acto designará un curador a los mismos, siempre que no se hubiese designado anteriormente, en el caso del art. 88, y que el ausente no hubiera dejado mandatario con poderes suficientes; pero si el apoderado dejado por el ausente o el curador anteriormente designado no desempeñase convenientemente su mandato, podrá el juez removerlos y designar otro (art. 79).

El administrador será puesto en posesión de los bienes previo juramento de desempeñar fielmente el cargo y deberá rendir cuentas de su administración.

40. Extremos que deben probarse

Los extremos que deben probar los interesados en obtener una declaración de ausencia con presunción de fallecimiento son los siguientes:

a) El derecho que se posee a los bienes del ausente, subordinado a la condición de su muerte.

b) El tiempo de la ausencia, que debe ser mayor al fijado por la ley en cada caso.

c) Las diligencias practicadas para averiguar la existencia del ausente (art. 87). Es necesario, por consiguiente, que se haya procurado, sin éxito, tener noticias de él. Estas diligencias se pueden acreditar por cualquier medio, incluso testigos, pero no se suplen con la declaración de simple ausencia obtenida para lograr la designación de un curador a los bienes.

d) En su caso, el suceso del incendio, terremoto, acción de guerra, accidente, naufragio o pérdida de la nave y que el ausente se encontraba en el siniestro. Desde luego, esta prueba es necesaria solamente si no han transcurrido ya desde la época del siniestro los tres años del término ordinario y se quiere invocar el término breve de dos años o seis meses.

41. Declaración de fallecimiento presunto

Una vez cumplidos los plazos legales y comprobados por el denunciante los extremos aludidos en nuestro párrafo anterior, si el ausente no se presentara a la citación por edictos, el juez debe declarar su fallecimiento presunto, fijará el día presuntivo de la muerte y dispondrá la inscripción de la sentencia en el Registro Civil (art. 89).

42. Carácter de la sentencia: no hace cosa juzgada

La sentencia dictada por el juez en el juicio de ausencia tiene efectos respecto de todos los interesados, pero no hace cosa juzgada. Cualquiera de ellos podría impugnarla y probar que se tuvieron noticias ciertas del ausente, después de la última que resulta de aquel juicio. Ello puede tener mucha importancia porque se altera el día presuntivo del fallecimiento y, por consiguiente, pueden ser otros los que tengan derecho a los bienes. Basta la simple prueba en contrario para desvirtuar los efectos de la sentencia anterior.

Naturalmente, si el ausente reaparece, la presunción del fallecimiento concluye.

43. Día presuntivo del fallecimiento

Según lo hemos visto, el art. 90 dispone que la sentencia fijará el día presuntivo del fallecimiento; y el artículo siguiente señala las normas a las que debe sujetarse el juez para determinarlo.

La cuestión tiene una importancia fundamental, porque ese día es el que permite determinar cuáles son las personas que tienen derecho a los

bienes del ausente, en otras palabras, en ese día se abre su sucesión. La medida de esa importancia la da el siguiente ejemplo. Supóngase que el ausente no tenga otro heredero forzoso que su cónyuge. Si este fallece antes del día fijado presuntivamente para el ausente, los bienes de este serán heredados por sus parientes colaterales; en cambio, si el cónyuge fallece después, reciben los bienes los herederos de este.

Establece el art. 90, que se fijará como día presuntivo del fallecimiento:

1º) En el caso del art. 85 (v. nro. 205), el último día del primer año y medio.

2º) En el que prevé el art. 86, inc. a) (v. nro. 205), el día del suceso en que se encontró el ausente, y si no estuviese determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido. Así, por ejemplo, si un barco sale de Buenos Aires con destino a Río de Janeiro, sin escala, y tiene calculada la llegada a los siete días, si no se tiene más noticias de él se lo presume desaparecido al cuarto día.

3º) En los supuestos del art. 86, inc. b) (v. nro. 205), el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos.

En caso de desaparición forzada (v. nro. 206) el día presuntivo del fallecimiento será el de la denuncia ante la autoridad competente (art. 6º, ley 24.321).

La sentencia que declare el día presunto de fallecimiento deberá determinar también si le es posible, la hora presuntiva en que esto ocurrió. En caso contrario, se tendrá por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento.

2.— Período de prenotación

44. Cuestión terminológica

El Cód. Civ. y Com. al igual que la ley 14.394 ha suprimido de su texto las denominaciones de posesión provisoria y definitiva utilizada en el Código de VÉLEZ para diferenciar los dos períodos sucesivos en el régimen de los bienes del ausente. Al primero llamaremos ahora período de prenotación y al segundo de entrega definitiva de los bienes. Se denomina prenotación a una anotación que se hace en el Registro de la Propiedad, en virtud de la cual el heredero no puede disponer ni gravar los bienes del ausente no obstante hallarse inscriptos a su nombre.

El período de prenotación es también llamado de la indisponibilidad relativa o del dominio imperfecto.

45. Efectos de la sentencia en cuanto a los bienes

Establece el art. 91, que los herederos y los legatarios del presuntamente fallecido, deben recibir los bienes del ausente, previa formación del

inventario; se hará la partición de la herencia y los bienes se anotarán en el Registro de la Propiedad a nombre de los herederos.

Ahora bien, su dominio está sujeto a importantes restricciones, son verdaderos propietarios, que, como tales, pueden inscribir los bienes a su nombre, pero no podrán, ni enajenarlos, ni gravarlos sin autorización judicial. El régimen guarda lógica con la institución de la presunción de fallecimiento; pues si la ley supone la muerte, es natural que se produzcan las consecuencias inherentes a este acontecimiento, pero con las limitaciones de la naturaleza del hecho ocurrido.

46. Quiénes tienen derecho a los bienes

El art. 91 establece que los herederos y los legatarios del presuntamente fallecido recibirán los bienes de este previa formación de inventario.

Aunque la ley habla solamente de los herederos y legatarios, es evidente que tienen derecho a los bienes todos los que tengan un derecho sobre ellos subordinado a la condición de la muerte del ausente. Esta es la solución lógica y la única que permite compaginar esta norma con el art. 87.

47. Caso de que el ausente sea casado

En esta hipótesis, el cónyuge tiene derecho a optar entre la continuación de la sociedad conyugal, de todos cuyos bienes será el administrador, o la disolución de la comunidad. Va de suyo que en el primer caso, quedará en suspenso el derecho de los herederos a pedir la posesión de los bienes. La opción solo puede hacerse valer hasta el momento de la entrega definitiva, en que la disolución de la sociedad conyugal se opera *ministerio legis* (art. 475, Cód. Civ. y Com.), abriéndose la sucesión del ausente.

48. Inventario

Antes de hacer entrega de los bienes, el juez mandará hacer un inventario de ellos (art. 91), el que deberá ser practicado por escribano público y con citación de todos los interesados.

El Cód. Civ. y Com. ha reiterado el criterio de la ley 14.394 en cuanto a suprimir el requisito de las fianzas que exigía el Código de VÉLEZ (art. 118, Cód. Civ.), criterio este que consideramos desacertado puesto que como veremos más adelante, los herederos no pueden disponer de los bienes del ausente mientras no se cumpla el plazo para la entrega definitiva. Respecto de los bienes registrables, la prenotación de esa prohibición en el respectivo registro les impedirá enajenarlos o gravarlos; pero respecto de los bienes muebles no registrables, no hay manera de asegurarse el cumplimiento de la prohibición legal de disponer de ellos, como no sea dando fianzas. En el sistema de la ley actual, los poseedores de la

herencia podrían burlar la prohibición de la ley, sin que el ausente reaparecido tenga ningún recurso contra ellos, si fueran insolventes.

49. Partición de los bienes del ausente

El art. 91 establece que "el dominio debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso; puede hacerse la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial". Vale decir, si la partición exige la enajenación del bien, este debe permanecer en condominio, a menos que el juez autorice la venta. Tal sería el caso de una alhaja o de un lote urbano que de acuerdo con las ordenanzas municipales no es susceptible de subdivisión.

¿En qué casos debe otorgar su autorización el juez? La ley no ha establecido ninguna restricción a este respecto, dejando librada la cuestión al prudente arbitrio judicial. Pero es evidente que siendo el principio la inenajenabilidad y habiéndose establecido esta en beneficio del ausente, no podrá concederse la autorización en el solo interés de los herederos; únicamente en el caso de que el interés de ellos coincida con el del ausente podrá el juez otorgarlo.

Por razones similares, consideramos que no cabe la división, aunque no exija la venta del bien, cuando ella resultara evidentemente antieconómica desde el punto de vista de los intereses del ausente. Supóngase el caso de que el único bien dejado fuera un tambo de veinte hectáreas en las afueras de Buenos Aires y que los herederos fueran quince o veinte. La división permitiría formar pequeñas quintas o lotes para viviendas, pero destruiría la explotación tambera. Las mismas razones que originaron la prohibición legal de vender, imponen en este caso la indivisibilidad de esta propiedad, en tanto no se cumplan los plazos del art. 92, esto es, que haya transcurrido el plazo de cinco años de la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años de su nacimiento.

Es este un buen ejemplo para justificar la necesidad de que la partición sea judicial.

50. Restricciones al dominio de los herederos

El art. 91 no solo prohíbe a los herederos enajenar y gravar los bienes del ausente durante todo el período de la prenotación, sino que también dispone que, al inscribirse los bienes a nombre de los herederos, debe hacerse la prenotación del caso para evitar que aquellos puedan burlar la prohibición legal.

Pero si bien esta previsión asegura la conservación de los bienes registrables, particularmente los inmuebles, no se ha instituido ninguna seguridad en el caso de los no registrables. El Código actual, al reiterar la supresión de las fianzas que en el régimen del Código de VÉLEZ ponían a cubierto al ausente contra la posible mala fe o simplemente la mala

administración de los poseedores o herederos provisorios, persiste en dejarlo en un estado de indefensión al ausente. Es que si estos resultaren insolventes, el ausente una vez reaparecido no tendrá posibilidad de recuperar sus bienes.

Sin embargo, el juez puede autorizar la venta o el gravamen, siempre que ellos fueran necesarios desde el punto de vista de los intereses del ausente, por ejemplo, si fuera para reparación de una casa que amenaza ruina.

51. Reaparición del ausente o de un heredero con mejor derecho

Puede ocurrir que luego de hecha la partición y entregados los bienes a los herederos, reaparezca el ausente o se tenga noticia cierta de su existencia, en cuyo caso queda sin efecto la declaración de fallecimiento procediéndose a la devolución de los bienes a petición del interesado (arts. 91 y 92). Asimismo, si se presentare un heredero con mejor o igual derecho que los que se hallan en posesión de la herencia, como sería el heredero instituido en un testamento descubierto posteriormente a la partición, o el hijo extramatrimonial reconocido por sentencia judicial, etc., quedará sin efecto la partición y estas personas podrán reclamar la entrega de los bienes o la partición que les corresponda en los mismos, según el caso.

52. Frutos y productos

La ley 14.394 se refería expresamente en su art. 29 a las consecuencias que tenía para el poseedor de buena o mala fe la reaparición del ausente. El Cód. Civ. y Com. no se refiere a esto en los Capítulos 6 y 7 del Título I, sino que lo hace indirectamente en el art. 1935. En efecto, si bien los herederos están obligados a devolver los bienes, hacen suyos los frutos no consumidos durante el tiempo que duró la posesión de buena fe (art. 1935).

Pero ese beneficio se concede a los poseedores de buena fe. Los de mala fe, en cambio, no solo están obligados a devolver los frutos percibidos, sino también los que por su culpa hubieran dejado de percibir, deducción hecha de los gastos de cultivo y extracción (art. 1935, Cód. Civ. y Com.).

La posesión se considerará de buena fe, cuando los herederos ignorasen si el ausente vivía o no; de mala fe, si supieren que vivía, a pesar de no haber públicas noticias de su existencia.

Pero si bien el heredero de buena fe hace suyos los frutos consumidos, no ocurre lo mismo con los productos, que siempre corresponden al verdadero propietario, cualquiera que sea el carácter de la posesión (art. 1935, Cód. Civ. y Com.).

53. Cómo termina el período de prenotación

El período de prenotación de los bienes del ausente termina, bien sea por la reaparición del ausente o la presentación de otro heredero con mejor derecho, ya sea por la consolidación definitiva del derecho de propiedad y la eliminación de todas las restricciones al dominio del poseedor.

La consolidación de los derechos del heredero se produce en dos hipótesis: cuando se tienen noticias ciertas del fallecimiento del ausente o cuando transcurren los plazos fijados en el art. 92. De esta última hipótesis nos ocuparemos en los números siguientes.

3.— Entrega definitiva de los bienes

54. Concepto

No obstante las vehementes sospechas de que el ausente ha fallecido durante el tiempo que dura la prenotación, la ley no descarta la posibilidad de su reaparición. Por ello, los herederos reciben un dominio precario, sujeto a restricciones. Pero esta situación no puede continuar indefinidamente. A medida que el tiempo pasa, las probabilidades de reaparición del ausente se hacen cada vez más remotas; no resulta lógico someter a los herederos a restricciones indefinidas en su derecho de propiedad; aun desde el punto de vista social, no es tolerable la prolongación de este estado de inenajenabilidad de los bienes del ausente. Por ello, es que transcurridos ciertos plazos, aquel dominio precario se convierte en pleno, sin restricción alguna y solo sujeto a la condición resolutoria de la reaparición del ausente. En los párrafos siguientes veremos cuándo se otorga la posesión definitiva y cuáles son sus efectos.

55. Plazos y otros requisitos para entrar en el goce definitivo de la herencia

Establece el art. 92 que "la prenotación queda sin efecto transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta desde el nacimiento de la persona. Desde ese momento puede disponerse libremente de los bienes".

Esta disposición repite lo que establecía la ley 14.394, con pequeñas diferencias de redacción, que de esta forma se reitera también la conveniencia de abreviar considerablemente los plazos que había establecido VÉLEZ en el Código, ya que este exigía el transcurso de quince años desde la desaparición del ausente u ochenta de edad, para otorgar la posesión definitiva (art. 122, Cód. Civ.).

Se explica que en el caso de los octogenarios, la ley prescinda de la exigencia del transcurso de cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, porque a la presunción de muerte surgida de la ausencia, se une otra más, la que nace de edad tan avanzada. Pero siempre es necesario que hayan transcurrido los tres años, dos años, y seis meses,

que, según los casos, son necesarios para que se pueda iniciar el juicio de ausencia, porque de lo contrario no hay presunción de fallecimiento, ni es posible fijar el día presuntivo de aquel.

56. Condición de los herederos después de transcurridos los plazos del art. 92

Transcurridos los plazos del art. 92, los herederos quedan en el goce pleno del dominio sobre los bienes del ausente, sin restricción alguna. La prenotación hecha en el Registro de la Propiedad queda sin efecto; el heredero puede disponer de ellos libremente (art. 92).

Sin embargo, este dominio está sujeto a la condición resolutoria de la reaparición del ausente; en tal caso, el heredero deberá devolverlos en el estado en que se encuentran. Pero si se mira bien, esta condición resolutoria no es propia de la ausencia con presunción de fallecimiento; lo mismo ocurriría, por ejemplo, si se hubiera dado por muerta una persona y luego reapareciese; o si después de la muerte del causante y de realizada la partición de sus bienes, apareciese otro heredero con mejor derecho. En todos estos casos, los poseedores de la herencia deberán devolverla, en el estado en que se encuentre, a quienes son los verdaderos propietarios.

57. Reaparición del ausente

Si, luego de transcurridos los plazos del art. 92, reapareciese el ausente, este solo podrá reclamar los bienes que existiesen y en el estado en que existiesen; los adquiridos con el valor de los que faltaren; el precio que se adeudase de los que se hubieran enajenado y los frutos no consumidos (art. 92).

A partir del momento señalado en la ley, el poseedor de la herencia actúa con entera libertad; es lógico, por tanto, que no se lo pueda responsabilizar por los bienes vendidos o consumidos y solo está obligado a devolver los que existieran y en el estado en que se hallaren. Esto significa que el ausente reaparecido deberá respetar los gravámenes que pesen sobre sus bienes, los derechos reales de cualquier naturaleza constituidos sobre ellos, los contratos de arrendamientos, etc.

Los actos de disposición deberán ser respetados aunque sean a título gratuito, pues ya se ha dicho que el dominio no está sujeto a restricción alguna, luego de transcurridos los plazos del art. 92.

58. Acción de petición de herencia

Puede ocurrir que después de entregada definitivamente la herencia se presente una persona con mejor o igual derecho entablando la acción de petición de herencia. Si triunfa en ella, los bienes se le entregarán en las mismas condiciones que deben entregarse al ausente reaparecido (art. 92).

4.— Otros efectos de la presunción de fallecimiento

59. Disolución del vínculo matrimonial

En el régimen del Código de VÉLEZ, que la Ley de Matrimonio Civil mantuvo, la ausencia, por más prolongada que fuera, en ningún caso podía afectar el vínculo matrimonial (art. 83, Ley de Matrimonio Civil). Esta solución, inspirada en la preocupación de mantener incólume el principio de la indisolubilidad del vínculo, era excesivamente rígida y sus consecuencias injustas. Incluso iba más allá de lo que el propio derecho canónico establece. El obispo puede autorizar el nuevo casamiento, siempre que exista certeza moral del fallecimiento; no se exige plazo determinado y se admiten toda clase de pruebas, apreciadas libremente por el obispo.

No resultaba, por tanto, lógico ni prudente que nuestra legislación civil fuera más allá que la propia Iglesia Católica, en lo que atañe a la indisolubilidad del vínculo. El art. 83 se hizo acreedor a justas críticas, que la ley 14.394 acogió.

El art. 31 de esta última ley, derogado por la ley 23.515, establecía que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento autorizaba al cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraer estas segundas nupcias.

La ley 23.515 estableció que la declaración de fallecimiento no produce *ipso jure* la disolución del vínculo; solución razonable, pues el otro cónyuge puede no tener ningún interés en esa disolución o por el contrario, tenerlo en que se mantenga el vínculo. Pero estaba autorizado a contraer nuevo matrimonio; y celebrado este, quedaba disuelto el anterior.

El Cód. Civ. y Com., en su art. 435, establece que el matrimonio se disuelve por sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento. Es decir, a partir de la sentencia el matrimonio queda disuelto.

60. Disolución de la sociedad conyugal

Desde el momento en que se declara la ausencia con presunción de fallecimiento y aun cuando todavía no hayan transcurrido los plazos para la posesión definitiva, el cónyuge presente tiene derecho o bien a asumir la administración de todos los bienes comunes, o bien a pedir la separación de bienes (arts. 475, 476, 477, Cód. Civ. y Com.). Pero transcurridos los plazos de la posesión definitiva, la disolución se opera *ministerio legis*, sin que quepa oposición del otro cónyuge (art. 92).

CAPÍTULO VII - ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD

1. Concepto

La persona natural, por el hecho de existir, tiene la protección del derecho. Esta protección se manifiesta de diversas formas; ante todo, se le reconocen ciertos atributos jurídicos, que se estiman inseparables de ella. Estos atributos son: los derechos de la personalidad, el nombre, el estado y el domicilio.

I — LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

2. El problema en el derecho moderno

Se llaman derechos de la personalidad aquellos que son innatos al hombre como tal y de los cuales no puede ser privado, sin afectar gravemente su naturaleza misma. Este principio debería ser universal, pero la realidad social es desgraciadamente distinta.

El perfeccionamiento de los medios de comunicación masiva ha permitido tomar conciencia del horror de las guerras, el racismo, la persecución de las minorías, la intolerancia religiosa, los autoritarismos, el hambre. El hombre moderno se ha sensibilizado ante estos gravísimos problemas. La reacción se ha expresado no solo en las legislaciones de cada país, sino también en los tratados y convenciones internacionales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (como en la terminología del derecho internacional se llama a los derechos personalísimos) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacimiento o cualquier otra condición. En esa Convención y en el Pacto de San José de Costa Rica (firmado el 22 de noviembre de 1969 e incorporado a nuestro derecho positivo por ley 23.054) se enumeran los siguientes derechos: el reconocimiento a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad física y psíquica, a la libertad y a la seguridad personal, a la protección de la honra y de la dignidad, a la libertad de conciencia, de religión, de pensamiento y de expresión.

La protección de los derechos de la personalidad está hoy internacionalizada. No solo porque los países que han suscripto los tratados se han obligado a respetarlos, sino porque en algunos de ellos se han creado organismos internacionales ante los cuales se puede recurrir en el caso de que un país miembro no los respete. El Pacto de San José de Costa Rica ha creado la Corte Interamericana, que está

autorizada a adoptar las medidas necesarias para la restitución del pleno goce de los derechos conculcados, incluyendo la indemnización que deberá pagar el Estado infractor (art. 68, inc. 2º).

Cabe agregar que la Convención de Viena (ratificada por nuestro país por ley 19.865) establece que todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe (art. 26), sin que los países signatarios puedan invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27).

Todo ello revela una creciente internacionalización del derecho relativa a los daños personalísimos.

Agreguemos que todas estas convenciones han sido incorporadas a la CN después de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22).

Es que la persona humana constituye una unidad formal, espiritual y corporal; de esa unidad dimanan aspectos particulares de la personalidad que deben ser protegidos por el derecho a través de reconocimientos de distintos derechos subjetivos, esto es, los derechos personalísimos.

3. Caracteres

De la circunstancia de que estos derechos están vinculados con la misma personalidad humana, surgen los siguientes caracteres:

a) Son innatos, es decir, se adquieren con el nacimiento.

b) Son vitalicios, puesto que duran tanto como la vida del titular.

c) Son inalienables, porque no están en el comercio jurídico y no pueden ser objeto de venta, cesión o transferencia.

d) Son imprescriptibles, pues no se adquieren ni pierden por el transcurso del tiempo o el abandono que de ellos se haga.

e) Son absolutos, en el sentido de que se pueden oponer *erga omnes*.

4. Inviolabilidad de la persona humana

Dentro de los derechos personalísimos, que no estaba enunciado en nuestro Cód. Civil derogado, se encuentra el derecho a la inviolabilidad de la persona humana, que no solo se enmarca en el marco normativo que fue sancionado en los últimos años, sino que está en línea con los tratados internacionales que nuestro país suscribió y que conforme la reforma constitucional del año 1994, tienen rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

El art. 51 del Cód. Civ. y Com. no es otra cosa que el reconocimiento expreso que tiene en sí misma toda persona humana, admitiendo su dignidad como tal. Como bien señala Irene HOOFT, todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo, salud) y en su propia

dignidad (honor, intimidad, imagen) y cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo.

De la inviolabilidad de la persona humana y del respeto a su dignidad consagrado por este art. 51 se desprenden y tienen su fundamento los otros derechos reconocidos, esto es, el derecho a la vida, a la no discriminación, a la libertad, a la intimidad, al honor, a la imagen.

5. Derecho a la vida

Es desde luego, el derecho primario, el que comprende todos los otros, el bien supremo, condición indispensable para que el hombre cumpla su destino. Está protegido por el derecho penal, que sanciona el homicidio y las lesiones (arts. 79 y ss. Cód. Penal) y por el civil (indemnización en caso de muerte, derecho a los alimentos, etc.).

La vida humana comienza desde su concepción (art. 4º de la Convención de San José de Costa Rica, incorporada a la CN, art. 75, inc. 22). En consonancia con ello, se ha declarado que el responsable de un accidente a consecuencia del cual la madre abortó, debe indemnizarla por los perjuicios patrimoniales y morales; que la mujer embarazada pueda reclamar alimentos, aunque ella por sí no tenga derecho, cuando le correspondan al hijo concebido en su seno (véase nro. 331).

6. El aborto

Uno de los graves problemas de nuestros días es el aborto. La liberalidad de las costumbres contemporáneas ha hecho frecuentísimos los embarazos desde muy temprana edad. Las madres solteras adolescentes, bien sea por el temor al repudio social, bien sea porque no se sienten con ánimo para afrontar los problemas que significan la crianza y educación de un hijo, recurren al aborto en cuanto toman conocimiento de su embarazo. Y lo mismo hacen las mujeres casadas o que viven en una situación estable de pareja cuando, cualquiera sea el motivo, no quieren tener el hijo que late en su seno.

El número de abortos en nuestro país es una cifra desconocida, teniendo en consideración que la legislación actual veda el aborto, a excepción de los tres supuestos contemplados en el Cód. Penal que, como veremos, no constituyen un derecho, sino que son casos no punibles. Es que en Argentina la protección del niño por nacer está amparada en toda la legislación, tanto en la de carácter constitucional como en los códigos de fondo.

No obstante, es necesario efectuar un análisis de nuestro ordenamiento legal como un todo, fundamentalmente teniendo en cuenta la constitucionalización de nuestro derecho privado que impide el análisis de uno sin encontrar relación con en el otro. Subrayada esta premisa, el análisis debe ser netamente jurídico. Como bien señala Alfredo Vítolo

respecto al debate planteado sobre la legalización del aborto, "lejos de realizar un análisis académico y fundado de la cuestión, han motivado una radicalización de posturas que impide todo debate racional y científico sobre el tema".

Es que en primer lugar los tratados internacionales suscriptos por nuestra Nación en materia de derechos humanos se encuentran incorporados a nuestra legislación con rango constitucional por imperio del art. 75, inc. 22, de la CN.

El Pacto de San José de Costa Rica establece que la vida de todo ser humano debe ser respetada a partir del momento de la concepción (art. 4º; véase nro. 173 de esta obra). Este pacto de derechos fundamentales integra el citado bloque constitucional.

Por su parte, la ley 23.849 ratificatoria de la Convención de los Derechos del Niño contiene la cláusula interpretativa que establece que "con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

Por lo tanto, la protección legal devenida de su estatus jurídico de persona humana que tiene el embrión humano, no resulta solo de la protección civil, sino que esta última no es más que la aplicación del derecho constitucional al derecho privado a través del consabido proceso de constitucionalización.

No existe en nuestro derecho la posibilidad de que exista una situación intermedia entre el ser persona o no. El embrión, feto o persona por nacer, es persona, titular de derechos, un sujeto de derecho.

Sin embargo, siendo el derecho a la vida el derecho humano por excelencia, algunos países, contradiciendo gravemente la preocupación universal por el amparo de los derechos humanos, han legalizado el aborto, tal es el caso de Estados Unidos, Suecia, Noruega, Dinamarca, Francia, España, Inglaterra.

Se aduce como justificación para legalizar el aborto, el derecho que tendría la madre a disponer de su propio cuerpo; pero lo que está en juego, no es si la madre puede disponer de su propio cuerpo sino de lo que se trata es si esta puede disponer de la vida del hijo.

En nuestro derecho, la solución es clara: la vida comienza desde su concepción, desde ese momento empieza también la protección de la persona.

El aborto está incriminado como delito en el art. 85 del Cód. Penal, bajo el Título I "delitos contra las personas". Empero, existen dos supuestos en que no es punible: a) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la

vida o la salud de la mujer encinta y con su consentimiento, siempre que dicho peligro no pueda ser evitado por otros medios; b) si el embarazo proviene de una violación o bien de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (art. 86, Cód. Penal). Estas excepciones fueron objeto de duras críticas por parte de ZAVALA DE GONZÁLEZ, quien afirma que el derecho no puede aprobar la destrucción de un ser humano inocente, justificando el acto que le da muerte. Este debe ser reprobado en sí mismo (ilícito), aunque el autor pueda ser impune por otro motivo.

En materia civil, la previsión del art. 19 del Cód. Civ. y Com. es clara: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción", no distinguiendo ni el tipo de concepción, ni el tiempo de gestación. Pero, además del reconocimiento que nuestro Cód. Civil efectúa a la persona por nacer, le consagra otros derechos tales como, por ejemplo, incluirla entre los incapaces de ejercicio conforme el art. 24. Otras disposiciones establecen que la mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665). Por su parte, el art. 2279 prevé que pueden suceder al causante las personas concebidas en ese momento; también el art. 574 permite el reconocimiento del hijo por nacer.

No obstante la claridad de las normas, algunos tribunales se han pronunciado sobre la constitucionalidad de la despenalización del aborto inserta en el art. 86 del Cód. Penal. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley contra un fallo que impedía la práctica de un aborto respecto de una menor deficiente mental que, como consecuencia de una violación, quedó embarazada; y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Mendoza dejó sin efecto la medida de no innovar decretada por un tribunal de primera instancia a pedido de una asociación civil a fin de evitar la práctica de un aborto solicitada por el representante de una menor con deficiencias mentales que había quedado embarazada como consecuencia de una violación.

7. Anencefalia. Adelantamiento del parto

La anencefalia es la falta de los hemisferios cerebrales y del desarrollo tanto de las membranas del cráneo, como de las partes óseas. Esta malformación hace que quienes la padecen tengan escasas posibilidades de vida, por no decir ninguna.

Frente a estas circunstancias han sido varias las madres que han solicitado a la justicia autorización para adelantar el parto, invocando para ello los graves daños, tanto psíquicos como físicos, que la continuación del embarazo les provocaría.

La Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires en un fallo del año 2001 rechazó el pedido fundándolo en que, ante la imposibilidad de armonizar

entre los intereses del concebido y la salud de la madre, debía prevalecer el derecho a la vida por cuanto la vida humana es inviolable y este valor solo puede ceder ante otro de igual naturaleza. Pero, tres años más tarde el mismo Tribunal provincial, tuvo que expedirse en un caso similar pero esta vez hizo suyos los fundamentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, por mayoría de sus miembros, había resuelto que "frente a lo irremediable del fatal desenlace debido a la patología mencionada y a la impotencia de la ciencia para solucionarla, cobran toda su virtualidad los derechos de la madre a la protección de su salud psicológica y física, y, en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional, a los que se ha hecho referencia *supra.* Así, la vida del niño por nacer está protegida por todos los medios científicos que convienen a su muy delicado estado, sin que se adopte medida alguna con aptitud para agravar su patología o para impedir o dificultar la supervivencia extrauterina que suceda al acontecimiento natural del parto. Por otro lado, y como elemento esencial de esta decisión, se ampara la salud de la madre, cuya estabilidad psicológica —ya afectada por los hechos, que hablan por sí mismos— constituye un bien a preservar con la mayor intensidad posible dentro de los que aquí son susceptibles de alguna protección". Finalizaba el más alto Tribunal diciendo que, "como resumen de lo señalado, no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es —para excluir la protección de su vida— persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida".

8. Consentimiento informado

El consentimiento informado es el acto jurídico mediante el cual el paciente presta su conformidad con relación al acto médico o investigación a practicar, luego de haber recibido toda la información necesaria, en forma clara y precisa, que le permite tomar la decisión con plena conciencia del acto que va a realizar.

El art. 59 desarrolla el concepto y alcance del consentimiento informado, el que fuera diseñado en la ley 26.529, llamada de Derechos del Paciente. Es de destacar que la citada ley solo preveía el consentimiento médico, pero el Cód. Civ. y Com. ha ampliado su extensión.

Es de destacar que el consentimiento informado prestado por el paciente requiere de un acto previo para su validez, esto es, que se le haya brindado al paciente la información médica esencial señalada en el art. 59: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto y los beneficios esperados del procedimiento; c) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; d) si existen procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios; e) las consecuencias previsibles de la

no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; f) el derecho a rechazar los procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o estado terminal, o cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, produzcan sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; g) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

La exigencia del consentimiento informado solo podrá exceptuarse por disposición legal.

En el caso de riesgo cierto e inminente de vida o salud del paciente y ante la imposibilidad del paciente de prestar su consentimiento, este deberá ser otorgado por su representante legal, su apoyo o el cónyuge, conviviente, pariente o allegado. A falta de cualquiera de ellos, podrá el médico prescindir de él, en caso de urgencia y cuando tenga por objeto evitar un mal grave al paciente.

9. Derecho a morir con dignidad

No es infrecuente que una persona, cansada de sus sufrimientos, decida dejarse morir y rechace todo tratamiento médico. ¿Cuál es la actitud a seguir por el médico, por los familiares del enfermo? ¿Deben tratar de salvarle la vida aun en contra de su voluntad?

Es necesario, ante todo, tener en cuenta que la ley 17.132, sobre ejercicio de la medicina, dispone que los médicos deben respetar la voluntad de los pacientes en cuanto a su negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delito (art. 19, inc. 3º). Adviértase que, en algunos de los casos mencionados, no falta conciencia del enfermo y, sin embargo, al tenor de la letra de la ley, parecería que el médico puede tratarlo aun en contra de su voluntad. Además, esta norma está dirigida a los médicos, pero cabe preguntarse si la mujer, los hijos del enfermo, no tienen el derecho a pedir judicialmente que se lo obligue a someterse a un determinado tratamiento médico para salvarle la vida.

Algunos casos resueltos por nuestros tribunales ilustran la cuestión.

En uno de ellos se trataba de un enfermo que, como consecuencia de una infección, tenía gangrena en una pierna; de acuerdo con la opinión médica, la única forma de salvarle la vida era amputándole el miembro gangrenado. Ante la negativa del enfermo a someterse a la amputación, su hijo demandó judicialmente para que se lo obligara a hacerlo. La sala H de la Cámara Civil de la Capital rechazó el pedido, considerando que el

enfermo tenía pleno derecho a tomar una decisión que evitaba una prolongación de la vida llena de deficiencias, limitaciones y sufrimientos.

En el otro caso se trataba de un enfermo cuya vida dependía de una transfusión de sangre; pero pertenecía a la secta Testigos de Jehová, la cual prohíbe terminantemente a sus devotos someterse a dicha transfusión. Los familiares reclamaron judicialmente que se lo obligara a someterse a dicho tratamiento. En primera y segunda instancia se decidió obligar al enfermo a recibir la transfusión, porque su negativa importaba un "suicidio lentificado". Apelada esta sentencia ante la Corte Suprema Nacional, el caso llegó a su decisión cuando el enfermo, en contra del pronóstico médico, había curado, razón por la cual el Tribunal juzgó por estrecha mayoría, que no cabía adoptar ninguna decisión en la causa. Empero, el dilatado trámite de la causa a lo largo de tres instancias hasta llegar a la Corte demostró que si se presentaba en lo sucesivo otro problema análogo la decisión definitiva llegaría tarde, por lo cual seis de sus miembros sentaron el principio de que no cabía obligar al enfermo a someterse a un tratamiento resistido por él, fundándose algunos en el derecho de señorío sobre su propio cuerpo, otros poniendo el acento en el debido respeto a sus creencias religiosas.

En ambos casos se reconoció el derecho a morir con dignidad. Es, nos parece, un derecho incontrovertible. No puede obligarse a nadie, en contra de su voluntad consciente, a someterse a un tratamiento que implique sufrimientos, limitaciones, disminución de su calidad de vida o que violenten sus convicciones religiosas.

Empero, otro caso resuelto por nuestros tribunales demuestra que la cuestión no es sencilla. Una mujer había dado a luz en un parto muy difícil y con gravísima pérdida de sangre. Ella y su marido eran también Testigos de Jehová y se opusieron a la transfusión de sangre indispensable para salvarle la vida. El padre recurrió a la justicia mediante un recurso de amparo y logró que se ordenara al director del hospital que le practicara la transfusión bajo apercibimiento de desobediencia. El cumplimiento de la orden judicial salvó la vida a la madre. Creemos que las circunstancias tan peculiares del caso justificaban la solución dada adoptada por el Tribunal. Aquí no se trataba tan solo de la vida de la madre, sino también del futuro del hijo recién nacido, que hubiera quedado huérfano. La oposición materna a la transfusión dejaba de ser respetable.

La Iglesia Católica, tan celosa del respeto de la vida humana, se ha pronunciado en el sentido de que no se puede imponer a nadie la obligación de recurrir a un tipo de cura que no esté libre de peligros o sea demasiado costosa. Su rechazo, agrega, no equivale al suicidio, significa más bien una simple aceptación de la condición humana.

El problema se hace aún más complejo cuando el enfermo se encuentra en estado de inconsciencia o cuando se trata de un demente o de un menor que carece de discernimiento. La ley 17.132 prevé el caso de operaciones mutilantes y dispone que los médicos no podrán hacerlas sin la conformidad del representante del incapaz (salvo que la gravedad del caso no admitiera dilaciones, art. 19, inc. 3º).

Ocurre a veces que los enfermos entran por largo tiempo en un estado vegetativo y son mantenidos en vida por procedimientos mecánicos. El problema se planteó en Estados Unidos en dos casos famosos: el de Karen Quilian, mujer joven, que estuvo durante siete años en estado vegetativo como secuela de una sobredosis de drogas, y era mantenida con vida con un respirador artificial; y el de Nancy Cruzan, mujer de 32 años que estuvo en igual estado durante ocho años como consecuencia de un accidente de automóvil. En ambos casos los padres pidieron autorización judicial para suspender el tratamiento, con resultado diverso: en el primero, se autorizó la suspensión en tanto que en el segundo, la Suprema Corte de Estados Unidos la negó. Pensamos que lo resuelto en el último caso por ajustada mayoría (cinco votos contra cuatro), es una solución deshumanizada. Cuando el estado vegetativo se ha prolongado por largos años; cuando a juicio médico la recuperación plena es imposible, el mantenimiento indefinido de ese estado importa una verdadera crueldad.

El Cód. Civ. y Com. ha dispuesto acertadamente que la persona puede disponer anticipadamente respecto al cuidado de su salud, de las medidas a tomar en prevención de su propia incapacidad. Es más, puede designar a las personas que podrían prestar el consentimiento para la realización de actos médicos o en su caso la designación de la persona que podrá actuar como su curador en caso de que así sea necesario (conf. art. 60 Cód. Civ. y Com.). Lo que sí no tendrá valor alguno es si la persona dispone la realización de prácticas eutanásicas.

No hay que confundir la suspensión de un tratamiento con la eutanasia (muerte dulce, muerte piadosa). En esta hay una intención de matar, por más que el propósito del homicida sea aliviar al enfermo de sus sufrimientos; en la suspensión de un tratamiento, cuando no existan esperanzas razonablemente fundadas de recuperación plena, no hay otra cosa que dejar que la vida siga su curso natural. Así como aprobamos la decisión de suspender el tratamiento en este caso, no puede sino reprocharse la eutanasia.

No cabe duda de que ella debe ser encuadrada dentro de la figura penal del homicidio (arts. 79, y ss., Cód. Penal), lo que no excluye, dice con razón RIVERA, que dadas las características de la situación puedan ser invocadas y valoradas circunstancias extraordinarias atenuantes o un

estado de emoción violenta excusable, con vistas a la graduación de la pena.

10. Derecho a la integridad corporal

Este derecho está íntimamente vinculado con el anterior. Mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento, o en su integridad y sanidad psíquica, como bien señala Lacruz Berdejo. La protección jurídica de la integridad corporal y de la salud de las personas está contenida ante todo en el Cód. Penal (arts. 89 y ss.); también la está en el derecho civil, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios resultantes de lesiones físicas y que sanciona de nulidad los actos y contratos que vulneran este derecho.

El Cód. Civil italiano en su art. 5º establece la prohibición para aquellos actos de disposición sobre el propio cuerpo que causen una disminución de la integridad física o sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

11. Derecho sobre el propio cuerpo

El art. 56 del Cód. Civ. y Com. veda todo acto de disposición del propio cuerpo que ocasione una disminución de su integridad o que resulte contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, salvo que sea requerido para el mejoramiento en la salud de la propia persona o excepcionalmente de otra. Pero lo que sí puede hacer la persona es disponer de su cuerpo para después de su muerte. En tal sentido, la persona puede disponer cómo se hará su sepelio, si lo podrán cremar o no, si podrán donar sus órganos, etc.

12. Derecho a la libertad

El reconocimiento y protección de la libertad, inherente a la condición humana, es una consecuencia de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. Y este derecho está protegido, ante todo, en la CN (art. 19), y en el Pacto de San José de Costa Rica, hoy incorporado a la Constitución (art. 75, inc. 22). Por su parte, el Cód. Penal castiga la reducción de una persona a servidumbre o a otra condición análoga, como también la privación de la libertad (arts. 140 y ss.). El Cód. Civil reputaba ilícitos los actos jurídicos que se opusieran a la libertad de las acciones o de la conciencia (art. 953); o que implicaban la obligación de habitar siempre en un lugar determinado, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero (art. 531, inc. 1º); o que impusieran mudar o no mudar de religión (art. 531, inc. 2º); o casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar, o en cierto tiempo, o no casarse (art. 531, inc. 3º); o vivir célibe perpetua o

temporalmente, o no casarse con persona determinada, o separarse personalmente o divorciarse vincularmente (art. 531, inc. 4º).

13. Derecho a la no discriminación

La ley 23.592 dispuso que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la CN, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A tales efectos se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. La propia norma establece, además, sanciones que van de un mes a tres años de prisión a quienes infrinjan, participen en una organización o realicen propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. Quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas recibirán similar pena.

14. Derecho al respeto de la intimidad

Todo ciudadano tiene derecho a que se respete su vida íntima, su privacidad. Como bien señala VARSI ROSPIGLIOSI, la persona tiene algo de sí que solo es para sí. Cada uno de nosotros tenemos una vida propia, nuestra, de nadie más. Una vida personal exclusiva y excluyente, un sector de la persona que le es propio y que puede excluir del acceso a terceros. Por ello, la CN dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19). Este derecho, que tiene rango constitucional, cada día es más vulnerado.

Hoy el ciudadano común ha perdido gran parte, por no decir casi toda su intimidad. Ha perdido la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro sin ser observado, sin ser registrado, sin ser filmado. Se aduce, la más de las veces, que problemas de seguridad hacen que deba sacrificarse la intimidad en pos del bienestar general. No coincidimos con esa postura. Una cosa no quita la otra. De seguirse por este camino, el hombre perderá toda su intimidad y quedará preso de toda forma informática y de organismos de control, con lo cual se conculcará otro derecho personalísimo, cuál es la libertad.

Por su parte, el art. 1770 del Cód. Civ. y Com. reitera lo que ya había sido consagrado por la ley 21.173 al incorporar como art. 1071 bis del Cód. Civil el derecho a la imagen al establecer que "el que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaren, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

Adviértase que no es necesario probar el dolo o la culpa del autor del hecho para imponerle las sanciones que la ley establece, que son el cese de la perturbación de la intimidad y el pago de los daños y perjuicios.

15. El derecho a la intimidad y al honor y la libertad de prensa

Uno de los temas vivos de nuestro tiempo, es el frecuente conflicto que suele presentarse entre el derecho a que se respete la intimidad y el honor de las personas y la libertad de prensa garantizada por la CN (art. 14).

No cabe duda de que esta libertad es una de las más preciadas garantías de la vida democrática y un eficacísimo contralor de la conducta de los funcionarios de gobierno. Pero también es verdad que los periodistas y los dueños de los medios de comunicación de masas (prensa, radio, televisión) suelen abusar de esa libertad afectando indebidamente la intimidad y el honor de las personas, también amparados por la CN (art. 19).

Indiscutiblemente en tales casos hay responsabilidad del periodista y del medio de comunicación de masas que indebidamente se ha entrometido en lo que es la vida privada de los hombres. Pero nuestra Corte Suprema, siguiendo un famoso precedente de la Corte Estadounidense ("New York Times c. Sullivan"), ha hecho la siguiente distinción: si se trata de funcionarios públicos, quien reclama indemnización debe probar que la información fue propalada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación por informarse acerca de la verdad o falsedad de ella (lo que se ha llamado la real malicia); en cambio, tratándose de un simple particular o de un funcionario público de inferior categoría, basta con la simple propalación culpable de una noticia de carácter difamatorio o lesiva de la intimidad personal, para generar responsabilidad.

Esta diferencia, en principio, parece justificarse (al menos parcialmente) porque si bien es verdad que la sola notoriedad no autoriza a la prensa a invadir el ámbito de la intimidad de una persona, la noticia de la conducta de un funcionario público puede tener interés para la comunidad. Así, por

ejemplo, si se diera noticia de ciertos desarreglos de conducta o de la moral de algún funcionario público o político o sindicalista.

Lo que no parece justo ni admisible en nuestro derecho, es poner toda la carga de la real malicia en el funcionario que demanda al periodista por la indemnización de los daños patrimoniales y morales producidos.

Que el funcionario deba probar la intención maliciosa del periodista, significa poner a cargo suyo una prueba prácticamente imposible de producir. Es por ello que un miembro de la Corte Suprema sostuvo que debía hacerse valer en este caso, la doctrina procesal de las pruebas dinámicas, conforme con la cual la carga de la prueba debe hacerse recaer sobre ambas partes y particularmente, sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla. En nuestro caso, al funcionario afectado le basta con probar la falsedad de la noticia; pero aun siendo la noticia falsa, el periodista puede excusar su responsabilidad, probando que la publicó sobre la base de fuentes serias, es decir, que obró sin malicia.

En esta materia establecer el monto del resarcimiento plantea un delicado problema. Es que suele ocurrir a veces que el resarcimiento fijado por los jueces se ve crecidamente superado por los beneficios económicos que logra quien propala una noticia que hiere la intimidad de una persona o afecta su honor. Así ocurre, por ejemplo, con las "biografías no autorizadas" relativas a personas importantes en la vida pública del país. Los autores especulan con que la venta del libro excederá con mucho la indemnización que tenga que afrontar, dado el interés que estos libros escandalosos (en los que se mezclan verdades y mentiras) despiertan en el público.

Para estos y otros supuestos, la jurisprudencia norteamericana ha elaborado la teoría de los daños punitivos, en cuyo caso se fija una suma que no solo tiene carácter resarcitorio, sino también el de un castigo para quien comete un acto repudiable, y que, por ello, mismo suele ser muy elevada esa suma.

16. El derecho a la intimidad en materia de correos electrónicos

También se encuentra protegido; la ley 26.388 establece que será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida. En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones

provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido. La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor, además, comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica. Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. Es decir, hoy también el correo electrónico, comúnmente denominado e-mail, queda equiparado a la correspondencia epistolar, gozando en consecuencia de la protección que otorga nuestra Carta Magna.

17. El derecho a la intimidad y las redes sociales. El derecho al olvido

Los desarrollos de internet han renovado la conciencia del hombre como ser susceptible de daños como consecuencia de la divulgación que estas tecnologías permiten acerca de la vida de las personas.

Las generaciones jóvenes que han nacido o se han formado con las nuevas tecnologías informáticas abren sus vidas al mundo sin ningún filtro. Los resultados son hoy imprevisibles y no se han visto, aún, en toda su magnitud. Pero lo más grave es que terceros ajenos a estas redes sociales también se encuentran inmersos en ellas, las más de las veces, sin su conocimiento. ¿Cómo entonces no protegerlos?

Entendemos que la protección de los derechos personalísimos en las redes sociales debe desenvolverse primordialmente dentro del marco de la *tutela sustancial inhibitoria*, por cuanto esta tutela se posiciona como un instituto jurídico-procesal que mejor se aviene con una inteligencia focalizada en conseguir la inmediata suspensión de la actualidad nociva que se ha disparado en los entornos virtuales. Por medio de esta tutela *sustancial inhibitoria* podremos obtener la remisión de contenidos, la eliminación de datos o bloqueos de grupos o foros organizados en torno a premisas antijurídicas lesivas de los derechos personalísimos.

Se ha sostenido que ninguna responsabilidad les cabe a las empresas que han desarrollado programas de búsqueda por sus actividades de facilitación y sistematización de contenidos de terceros. Los buscadores, razonan quienes defienden la tesis de la irresponsabilidad de estos, resultan meros *intermediarios* entre los usuarios y las páginas de internet donde se halla alojada la información, entre ella, la que compromete la responsabilidad de los terceros proveedores de contenidos lesivos de los derechos personalísimos. No media, a su vez, vínculo contractual alguno entre los buscadores y los terceros proveedores de la información.

Pero si observamos con más atención la cuestión veremos que la actividad de los buscadores no se agota en la mera *facilitación* de los contenidos, sino que operan una *reconfiguración* de la circulación de la información, al transformar la difusión a veces marginal de algunos sitios,

abriéndolos a verdaderos espacios de *masividad* compuestos por el público usuario de los sistemas de búsqueda. Por eso es que, con razón, se ha dicho en los estrados judiciales que "si no existieran Google y Yahoo, a los sitios no los conocería nadie".

Los buscadores tienen así efectos desproporcionados en relación con la capacidad de perjuicio del responsable primigenio del ilícito, esto es, la página de información primaria, y concretan esa capacidad a través de la potenciación de los efectos difusivos de la información. La sistematización y selección con que operan las páginas de búsqueda transforman la información concentrándola, primero, y promoviendo su acceso masivo.

Es por esto que en Europa, tal como señala FERNÁNDEZ DELPECH, cualquier persona cuyos datos personales aparecen mencionados en un buscador, como resultado de la indexación de una noticia sobre su persona, aunque esa mención no le cause un perjuicio, tiene el derecho a exigir directamente al buscador la supresión de ese dato, sin necesidad de cumplir con ningún requisito previo, siempre que alegue que el dato sobre su persona es inadecuado, no pertinente por el tiempo trascurrido o excesivo en relación con los fines del tratamiento, respaldando así el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho al olvido, siempre que no sea de interés público. Sin embargo, esta posición no es mayoritaria.

En materia internacional, el derecho al olvido fue tratado por el Tribunal de Justicia Europeo en el "Caso Costeja". El Sr. Costeja reclamó ante la Agencia Española de Protección de Datos que tanto el diario La Vanguardia Ediciones S.L., como Google Spain y Google Inc. cesaran en la publicación de sus datos personales. También reclamó que rectificaran una información inexacta que daba cuenta de embargos que no respondían a la realidad, lo que le producía enormes daños.

La Agencia Española de Protección de Datos desestimó el reclamo respecto a *La Vanguardia*, no así contra Google Spain y Google Inc. La Agencia consideró que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la normativa en materia de protección de datos, dado que llevan a cabo un tratamiento de ellos, de los que son responsables y actúan como intermediarios de la sociedad de la información, pudiendo ordenarse la retirada e imposibilitar el acceso a determinados datos por parte de los gestores de motores de búsqueda cuando considere que su localización y difusión puede lesionar el derecho fundamental a la protección de datos y a la dignidad de la persona entendida en un sentido amplio, lo que incluye la mera voluntad del particular afectado cuando quiere que tales datos no sean conocidos por terceros. Google Spain y Google Inc. interpusieron sendos recursos contra dicha resolución ante la Audiencia Nacional, que decidió acumularlos.

La Audiencia Nacional resolvió que el planteo presentado exigía el previo análisis e interpretación de la directiva 95/46 de la Comunidad Europea y, por lo tanto, elevó a consideración del Tribunal de Justicia Europeo el estudio del alance e interpretación de dicha directiva.

El Tribunal de Justicia Europeo se pronunció con la sentencia del 13 de mayo de 2014, en la cual estableció que el afectado podía "solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados" y señaló que "estos derechos prevalecen, en principio, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate".

Lo paradójico de la cuestión es que el recurrente en su intento por preservar su intimidad pasó a ser mundialmente conocido por tratarse la sentencia del Tribunal Europeo el *leading case* del derecho al olvido en el derecho europeo.

Asistimos, pues, a los prolegómenos de un largo debate que está llamado a extenderse en los ámbitos judiciales y académicos, hasta tanto se sancione una ley que determine y regule un régimen de responsabilidad para la actividad que desarrollan las empresas de búsqueda, como así también que trate juntamente el derecho al olvido.

18. Derecho a la imagen

El art. 53 del Cód. Civ. y Com. establece que es necesario el consentimiento de la persona para captar o reproducir su imagen o su voz de cualquier modo. Las únicas excepciones que prevé el Código a tal derecho son que la persona participe en actos públicos o bien que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario y que previamente se tomen las medidas necesarias para evitar un daño innecesario o que es la consecuencia de informar sobre acontecimientos de interés general. Si la imagen o la voz que se intenta reproducir es la de una persona fallecida sus herederos o la persona que designó el causante son los que pueden prestar la conformidad. Pasados veinte años de la muerte la reproducción no ofensiva es libre.

El derecho a la imagen está íntimamente vinculado a la dignidad humana (art. 52) y consecuentemente el afectado puede reclamar los daños y perjuicios sufridos por la reproducción de su imagen sin la pertinente autorización.

La pregunta que se impone es si la reproducción con fines ilustrativos de la imagen de una persona que comercia profesionalmente con su imagen tiene un carácter lesivo del derecho a la imagen o bien al haber comerciado el derecho a su imagen este queda cercenado.

El consentimiento para la "disponibilidad" de la imagen es fundamental; el titular de la imagen puede lícitamente exponer, reproducir o colocar en el comercio su imagen; puede, a su vez, acordar las modalidades, el ámbito de oportunidad, las condiciones y los límites de la publicidad de la imagen. Siendo esto así, no habría un uso indebido de la imagen cuando se ilustrare notas con fotografías publicadas en medios gráficos con anterioridad, pues la norma prevé que es libre el retrato cuando se relacione con fines culturales o con acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público, con lo cual no podría constituir violación al derecho a la imagen la reproducción del retrato fotográfico de quien ha consentido la difusión y divulgación de su imagen.

El art. 53 del Cód. Civ. y Com. consolida lo que nuestros tribunales venían construyendo juntamente con nuestra doctrina en el sentido de reconocer que cuando la publicación de la imagen pública se realiza en condiciones que resultan provocativas, que menoscaban el prestigio o la reputación de la persona retratada, el derecho a la libre publicación de aquella cede frente a los derechos del titular de la imagen.

19. Medidas cautelares para impedir la publicación de noticias lesivas al honor o a la intimidad

Si la obligación de reparar el daño ocasionado por la publicación de noticias o informaciones lesivas al derecho a la intimidad o al honor está fuera de discusión, en cambio es objeto de controversias si cabe, por vía de amparo, impedir la publicación de ellas.

Por una parte se arguye que toda prohibición preventiva importa una violación clara del art. 14 de la CN, que prohíbe la censura previa. Se sostiene que esta prohibición tiene carácter absoluto. Cualquier remedio contra los abusos de la prensa debe consistir en sanciones tomadas *a posteriori* de la publicación.

Por la otra se sostiene, que, como también la protección al honor y a la intimidad tienen carácter constitucional, los jueces deben considerar cada caso, valorando qué es lo que se debe priorizar en él, si la libertad de prensa o la protección del honor. La solución consiste en compatibilizar ambos derechos de modo que el ejercicio de uno no vaya en desmedro del otro.

Por nuestra parte, pensamos que en principio debe darse prioridad a la libertad de prensa, dada su importancia como garantía del régimen democrático; pero esta libertad no puede ser absoluta. Cuando es

evidente que se está por cometer un hecho ilícito, los jueces no pueden dejar de tomar medidas preventivas, porque ello sería tanto como consentir y aun proteger la comisión de tales hechos. Y eso es contrario a la idea de justicia y del estado de derecho. Tanto más si se tiene en cuenta la realidad de nuestros días. Como lo ha dicho BOGGIANO, actualmente, la información es propiedad que se compra y se vende; y ante los traficantes de la intimidad, el derecho debe proteger la vida privada. Esta es la tesis largamente predominante en nuestra jurisprudencia y doctrina. Es también la solución predominante en el derecho comparado.

20. Derecho de réplica

RIVERA define con claridad y precisión el derecho de réplica o respuesta, como el que atañe a toda persona que ha sido afectada en su personalidad como consecuencia de una noticia falsa, inexacta o desnaturalizada, inserta en un medio de prensa periódico, para hacer difundir por el mismo medio, gratuitamente y en condiciones análogas, su versión de los hechos que dieron motivo a la noticia o comentario; y que en caso de negativa del medio, será resuelta su procedencia o improcedencia por el juez en proceso abreviado.

Se trata de un derecho elemental, cuya justicia no puede discutirse seriamente. Es evidente el derecho que tienen las personas de aclarar o replicar noticias agraviantes que los afectan en su honor, cuando esas noticias o comentarios son inexactos o han sido desvirtuados.

La importancia de este derecho dio lugar a que fuera consagrado expresamente en el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la ley 23.054, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN); como no podía ser de otro modo, puesto que dicho Pacto es ley para nosotros, y ha sido expresamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia.

No obstante la aceptación prácticamente universal de este derecho, y su vigencia en nuestro país, no ha sido reglamentado todavía ni por el Congreso ni por el Poder Ejecutivo Nacional, no obstante que el Pacto de San José de Costa Rica obliga a hacerlo (art. 2º), debido a la tenaz oposición de los medios de prensa. Es lamentable, pues la falta de reglamentación conduce prácticamente a que este derecho tenga solo una vigencia teórica. En efecto, para lograr que el periódico publique la respuesta o rectificación, se hace necesario seguir un juicio ordinario, que probablemente dure dos o tres años, y se publique cuando ya la noticia o información ha caído en el olvido.

21. Hábeas data

En un mundo globalizado e informatizado como el actual, donde se privilegia en grado sumo la información, existen innumerables archivos,

registros, bases o bancos de datos (términos utilizados indistintamente por nuestra ley), en los que se vuelcan la vida y obra de las personas, tanto en lo que hace a su vida pública como privada. Estos registros o bancos todos los días entrecruzan datos. Quien solicita un crédito bancario o una tarjeta de crédito es inmediatamente monitoreado en los registros o bancos de datos.

Obviamente el adelanto tecnológico trae como consecuencia una mayor seguridad, pero también un avance sobre la intimidad, intimidad que debe ser preservada. ¿Hasta dónde todo esto es posible? ¿Hasta dónde es lícito avanzar sobre la intimidad?

Es que toda información es volcada a registros o bancos de datos y a su vez estos suministran la información a terceros, sin que quien es aludido tenga posibilidad de impedirlo. Vivimos en una era donde la intimidad y la privacidad es cada día menor y donde no existe diferencia relevante entre una y otra, pues ambos conceptos dan idea de algo reservado adonde solo tienen acceso ciertas personas. Justificaciones hay muchas, pero no, por ello, no se debe dejar de poner límites.

Nadie pone en duda la conveniencia de estar debidamente informado, pero al mismo tiempo cada día es más necesaria la preservación de los datos personales, cuidar el derecho a la intimidad, proteger el honor de las personas y reconocer el derecho a la autodeterminación informativa; y justamente esto es lo que llevó a incorporar a nuestra Constitución, el hábeas data, en su art. 43, inc. 3º; este instituto que constituye un subtipo de amparo destinado a tomar conocimiento o bien de los datos que obran en un registro o banco de datos público o privado o bien, obtener la supresión, rectificación, confidencialidad, actualización de ellos en caso de falsedad, inexactitud, desactualización o tratamiento prohibido. Los archivos, registros, bancos de datos, ficheros, bases de datos, sean de titularidad pública o privada y que tienen por objeto procesar información para suministrar informes, se encuentran sometidos al régimen de la ley 25.326 en línea con la reforma constitucional de 1994.

Receptada la institución de hábeas data era necesario regular su ejercicio, lo que se hizo mediante la ley 25.326 que estableció que el hábeas data "tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos sean estos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas", así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad con lo establecido en el art. 43, párr. 3º de la CN (art. 1º de la ley) y cuya acción cuando tiene por objeto tomar "conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o banco de datos públicos o privados destinados a

proporcionar informes; y de la finalidad de ellos" como también en aquellos casos "en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización" (art. 33).

22. Quiénes son beneficiarios

Toda persona física o de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto de tratamiento. Es decir, que el beneficiario no es solo la persona física, sino que es ampliado a las personas jurídicas por cuanto ellas no solo pueden verse perjudicadas con el mal uso de la información, sino que dicho perjuicio se extiende a las personas físicas involucradas en ellas. Se ha entendido, también que los registros de personal, bancarios, agencias de empleos, de compañías de seguros se encuentran incluidos dentro del hábeas data; en tal sentido se ha sostenido que un empleado de una empresa comercial o industrial puede examinar sus propios datos consignados en el registro de personal de la empresa o el postulante de un empleo en una agencia de empleos.

23. Datos protegidos

Se encuentran protegidos los datos personales y los sensibles. Dentro de los sensibles se encuentran los vinculados a origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o la vida sexual.

El art. 7º, inc. 2º, establece como excepción la recolección de datos sensibles siempre y cuando medien razones de interés general autorizados por ley o cuando sean con fines estadísticos o científicos y siempre y cuando no puedan ser identificados sus titulares.

24. Calidad de los datos

Los datos que recojan los bancos, bases, registros, etc., deben ser ciertos, adecuados y no excesivos en función de lo que se quiere obtener; no pueden obtenerse por medios desleales, fraudulentos o contrarios a la ley, ni pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con las que motivaron su obtención.

Los datos parcial o totalmente inexactos deben ser suprimidos.

Cuando se recaben datos personales se deberá, previamente, informar al titular la finalidad que tiene el solicitante y los posibles destinatarios; la existencia del archivo, registro, banco de datos, electrónico o de cualquier otro tipo, el carácter obligatorio o facultativo de la respuesta, las consecuencias de proporcionar o no los datos, como así también la

posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos (arts. 4º y 6º).

25. Responsables de archivos, registros y bancos de datos

Para poder actuar en este ámbito es necesario que el responsable se inscriba en el Registro que habilita el organismo de control, para lo cual se deberá informar: su nombre y domicilio, características y finalidad del archivo, naturaleza de los datos personales, forma en que son obtenidos y los métodos de actualización, destino de la información, los medios que se utilizan para garantizar la veracidad de la información, tiempo en que serán conservados y forma y procedimiento para acceder a la información.

26. Responsabilidad derivada del uso de la información

Si bien la norma no establece reglas específicas en materia de responsabilidad, no es menos cierto que caben las reglas de responsabilidad establecidas en materia general. De lo que se desprende que el mal uso de la información genera una responsabilidad por el daño que se ha producido, el que podrá ser contractual, si es que las partes suscribieron un contrato del cual derivaron efectos no queridos, ya sea por incumplimiento del objeto, por vulnerar las reglas de confidencialidad, por suministrar datos falsos, etc. o extracontractual, en cuyo caso rige el principio del art. 1749 del Cód. Civ. y Com. En tal sentido, señala MOLINA QUIROGA, que "la responsabilidad reside en la circunstancia de considerar a la actividad informática destinada a la recolección, almacenamiento y recuperación de datos personales como una actividad peligrosa en sí misma, por el riesgo creado, consistente en el potencial uso indiscriminado de la información personal registrada en un banco de datos informatizado".

II — NOMBRE

§ 1.— NATURALEZA Y CARACTERES

27. Breves nociones históricas

El nombre es el modo más antiguo de designación e identificación de una persona dentro de la sociedad en que vive. En las sociedades primitivas y poco numerosas, el nombre era individual; pero ello resultó insuficiente en los países densamente poblados. Así fue que en Roma, al nombre individual o *praenomen*, se agregó el nombre de la familia o *gens*, que era el *nomen* propiamente dicho; y finalmente, en los últimos tiempos de la República comenzó a usarse un tercer nombre, el *cognomen*, que era en principio algo así como un sobrenombre individual, pero luego se transmitía de padres a hijos, para distinguir las diferentes ramas de una misma *gens*.

A la caída del imperio romano, los pueblos bárbaros continuaron con su costumbre primitiva de usar un solo nombre individual. Pero, a medida que los pueblos y ciudades se poblaban más densamente, se hacía necesario agregar al nombre de pila un sobrenombre que permitiera distinguirlo de otros homónimos. Lo más frecuente era agregar al nombre de pila "hijo de"; por ejemplo: Carlos, hijo de Fernando; más tarde, la expresión "hijo de" fue reemplazada por la terminación "ez": Fernández, Diéguez, González, significaban hijo de Fernando, de Diego, de Gonzalo. Otras veces, el sobrenombre se tomaba de su oficio: Labrador, Herrero, Escribano, Tejedor; o de una característica o defecto físico; Blanco, Rojo, Cano, Cojo, Calvo. Los señores feudales tomaban el nombre de sus tierras, anteponiendo las partículas de. Con el transcurso del tiempo, estos sobrenombres o apodos se fueron haciendo hereditarios y se transformaron en lo que hoy se llama apellido.

28. Naturaleza jurídica del nombre

Sobre la naturaleza jurídica del nombre se han sostenido diversas teorías:

a) Para algunos, el nombre es un derecho de propiedad del cual es titular la persona que lo lleva. Es esta una teoría que ni siquiera merecería ser mencionada, si no fuera que ha sido sostenida en la jurisprudencia francesa; pero hoy la ha desechado toda la doctrina moderna, inclusive la de aquel país. En efecto, el nombre de las personas naturales es algo inmaterial, que está fuera del comercio; es inalienable e imprescriptible; le falta contenido económico, característica esencial de los derechos patrimoniales y particularmente del de propiedad.

b) Según una segunda opinión, el nombre es un derecho de la personalidad. Esta teoría tiene, sin duda, un gran fondo de verdad. El nombre forma parte de la personalidad del hombre; su honor está íntimamente vinculado a él. El concepto común de que se tiene el deber de mantener limpio el nombre paterno, revela hasta qué punto está vinculado con la persona que lo lleva.

c) Para otros, el nombre es un deber o una obligación de tener y mantener una identidad que sirve para la identificación de las personas; de ahí su inmutabilidad, que se apoya en una razón de seguridad social y que permite la asignación y reconocimiento de derechos.

d) Sin duda, la verdadera naturaleza jurídica del nombre está dada por la confluencia de estos dos puntos de vista: el nombre es a la vez un derecho de la personalidad y una institución de policía civil. Si solo se lo concibiera como lo primero, se desconocería el interés social que media en la cuestión; en tal caso, no tendría explicación, por ejemplo, que se niegue a las personas el derecho a cambiar su nombre, salvo casos muy particulares. Si, por el contrario, solo se viera en él una institución de

policía civil, se desconocería uno de los derechos más íntimamente vinculados a la personalidad humana.

29. Caracteres

De la naturaleza jurídica del nombre, tal como lo hemos aceptado, se desprenden los siguientes caracteres:

a) Está fuera del comercio; en consecuencia, es inalienable e imprescriptible; el uso prolongado no da derecho a otro nombre que el propio.

b) Es inmutable: solo por justos motivos graves puede ser una persona autorizada por el juez a cambiar su nombre o apellido.

30. La legislación sobre nombre

Hasta 1943 prácticamente no existían disposiciones sobre nombre; pero a partir de ese año se sucedieron una serie de leyes y decretos que legislaron la materia en forma parcial y a veces incoherentemente (dec.-ley 11.609/1943, ley 14.367, ley 14.586, dec.-ley 8204/1963). Esto hizo necesario ordenar esta materia, clasificar el sistema y uniformarlo en todo el país. Es lo que hizo en su momento la ley 18.248, pero esta ley sufrió también numerosos cambios como consecuencia del dictado de distintas leyes, como, por ejemplo, la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo.

El Cód. Civ. y Com. en sus arts. 62 a 72 ha ordenado nuevamente todo lo relativo al nombre, el apellido y el sobrenombre.

§ 2.— El apellido

31. Normas para la determinación del apellido

El apellido es el nombre que corresponde a la familia. Su imposición obedece a normas que varían según los casos.

32. Apellido de los hijos. a) Hijos matrimoniales

El Cód. Civ. y Com. receptó la posibilidad de poner o anteponer el apellido de cualquiera de los padres sin un orden preestablecido, y lo hizo, según Highton de Nolasco, con base en el principio de igualdad de género y el igual protagonismo de la mujer o de cualquiera de los dos en la pareja igualitaria.

Los hijos matrimoniales llevan el primer apellido de alguno de los cónyuges. A pedido de los padres se puede agregar el apellido del otro, art. 64, apartado 1º, Cód. Civ. y Com.

Si el interesado deseare llevar el apellido compuesto del padre o agregar el del otro, podrá solicitarlo cuando tuviere la edad y madurez

suficiente, ante el Registro Civil. Una vez adicionado el segundo apellido paterno o el materno, no podrá suprimirse.

33. b) Hijos adoptivos

El Cód. Civ. y Com., que mantiene tanto la adopción de una persona en forma simple o en forma plena, establece determinadas reglas en cuanto al apellido del adoptado.

Es preciso distinguir, entonces los dos tipos de adopción:

1) En la adopción plena:

a) Cuando se trate de una adopción por parte de un matrimonio, el hijo adoptivo lleva el apellido de alguno de los cónyuges y en caso de no haber acuerdo se determina por sorteo. Se podrá también agregar el apellido del otro progenitor, a pedido de este o del interesado con edad o madurez suficiente.

b) Si la adopción fuere unipersonal el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; ahora bien si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que así se le imponga al adoptado.

c) Si se trata de una adopción conjunta se aplican las reglas relativas al apellido de los hijos matrimoniales, esto es, o por acuerdo de los progenitores o por sorteo.

d) Si bien la adopción plena supone la ruptura total de todo vínculo de parentesco con la familia de sangre, excepcionalmente y fundado en el derecho a la identidad del adoptado y a pedido de este se puede agregar o anteponer el apellido de origen del adoptado al apellido del adoptante.

2) En la adopción simple:

El hijo llevará el apellido del adoptante, pero se podrá anteponer o agregar, ya sea a pedido del adoptado o de los adoptantes, el apellido de origen, que en el caso anterior es solo concedido en forma excepcional.

Revocada la adopción (lo que solo puede ocurrir en el supuesto de adopción simple, art. 629), o declarada su nulidad, el adoptado pierde el apellido de adopción, salvo que el juez lo autorice a conservarlo con fundamento en el derecho a la identidad (art. 629, última parte), recuperando, por lo tanto, el de origen.

34. c) Hijos extramatrimoniales

En cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, hay que distinguir según hayan sido o no reconocidos por sus padres.

En el primer caso, el hijo adquiere el apellido del padre o madre que lo reconoció (art. 64).

Si es reconocido por ambos simultáneamente, adquiere el apellido de alguno de los progenitores y en caso de no haber acuerdo se determina

por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Pero puede ocurrir que el reconocimiento no sea simultáneo. En este caso el hijo llevará el apellido del que lo reconoció primero. Si la segunda filiación se determina después, los padres deben acordar el orden y a falta de acuerdo el juez dispondrá el orden de los apellidos según el interés superior del niño.

A los efectos de la imposición del apellido paterno o materno, es indiferente que el reconocimiento haya sido voluntario u obtenido por pronunciamiento judicial.

Si el hijo extramatrimonial no fuere reconocido, el oficial del Registro Civil debe imponerle un apellido común (art. 65), es decir, un apellido que por su difusión hace imposible vincular al recién nacido con una determinada familia; tal es el caso de Pérez, González o Martínez, que son apellidos tan comunes que en forma alguna permiten sugerir un parentesco entre las personas que lo llevan.

Pero puede ocurrir que la denuncia no se haga en el momento del nacimiento, sino varios años después. En esta hipótesis, la persona con edad y grado de madurez suficiente puede pedir la inscripción del apellido que está usando (art. 66, Cód. Civ. y Com.), con lo que se desea evitarle los inconvenientes del cambio de nombre.

Toda persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido podrá pedir la inscripción del que está usando (art. 66).

35. Apellido del cónyuge

El apellido del cónyuge ha sufrido numerosos cambios. Hasta la sanción de la ley de 26.618 que reconocía solo como matrimonio la unión de dos personas de distintos sexos, la cuestión estaba reducida a la cuestión del apellido de la mujer casada, ahora el uso del apellido marital quedó facultado para ambos cónyuges sin distinción de sexos.

Así la ley 18.248 disponía, acogiendo una vieja costumbre nacional, que la mujer casada al contraer matrimonio debía agregar a su apellido el del marido, precedido por la preposición "de". Pero la ley 23.515 modificó este artículo, disponiendo que sea optativo para la mujer casada añadir a su apellido el de su marido, precedido por la preposición "de". Dejó así de ser obligatorio el uso del apellido marital, quedando al libre arbitrio de la mujer llevarlo o no (art. 8º).

Mientras los cónyuges permanecen unidos, el apellido no presenta mayores dificultades, aunque es dable destacar que el Cód. Civ. y Com. en su art. 67 establece que tanto un cónyuge como el otro pueden adicionar a su apellido el del otro cónyuge con la preposición "de" o sin

ella. La situación se hace más compleja en caso de divorcio o disolución del vínculo. Es lo que trataremos en los números siguientes.

36. Cónyuge divorciado

El cónyuge divorciado pierde el derecho a seguir usando el apellido marital salvo que por motivos razonable el juez lo autorice a conservarlo (art. 67, apart. 2º del Cód. Civ. y Com.), por ejemplo, si la persona es vastamente conocida en su profesión, industria o actividad comercial por el apellido de casada o casado, y su cambio le implique casi un cambio de individualidad.

37. Disolución del matrimonio por muerte del cónyuge

En caso de muerte de uno de los cónyuges, el cónyuge viudo tiene derecho a seguir usando el apellido de aquel, hasta tanto no contraiga nuevo matrimonio o no constituya una unión convivencial.

Claro está que si contrae nuevas nupcias, pierde automáticamente el apellido del anterior cónyuge y puede adicionar el del actual.

38. Anulación del matrimonio

Decretada la nulidad del matrimonio, la persona no puede usar el apellido marital. Sin embargo, a pedido de ella será autorizada a seguir llevándolo por motivos razonables.

§ 3.— El nombre propio o de pila o prenombre

39. Derecho de elegir el nombre de pila o prenombre

El nombre se adquiere por su inscripción en el acta de nacimiento. Pueden elegir el nombre: a) en primer lugar los padres; b) si los padres convivientes no se ponen de acuerdo en la elección del nombre, la cuestión debe decidirse por sorteo aplicando por analogía lo dispuesto con relación al apellido; c) en caso de que ambos padres faltasen (como ocurre si se trata de un hijo extramatrimonial no reconocido) o se encontraren impedidos (por ej., por incapacidad o ausencia), el nombre puede ser elegido por los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 63, inc. a], Cód. Civ. y Com.).

Cuando una persona hubiere usado un nombre de pila con anterioridad a su inscripción en el Registro, se anotará con él, siempre que se ajuste a las limitaciones que la misma ley establece (art. 63, incs. b] y c], del Cód. Civ. y Com.).

40. Limitaciones al derecho de elegir el nombre de pila

Las personas autorizadas por la ley tienen libertad para elegir el nombre de pila. El Cód. Civ. y Com. ha otorgado una mayor libertad para elegir el

nombre de pila o prenombre, consecuentemente ha eliminado la prohibición de imponer nombres extranjeros, por cuanto el legislador entendió que la elección del nombre de pila es una decisión de los padres en la que la injerencia del Estado debe ser lo menor posible. Pero este derecho no es irrestricto: la propia ley establece las siguientes limitaciones:

a) No podrán inscribirse los nombres que sean extravagantes. Si bien la ley habla expresamente de prenombres extravagantes, es de pensar que también están incluidos dentro de esta categoría los nombres ridículos o que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas, por cuanto lo que se pretende es que en el día de mañana no se les susciten inconvenientes a quienes porten ese nombre.

No es otra cosa que recoger una tradición jurisprudencial bien sentada. Se han considerado extravagantes o ridículos nombres como Júpiter, Zoroastro; se ha autorizado el cambio de Pelópilas y Epaminondas o el de María Tranquila por María Rosa. Tampoco deben autorizarse los nombres que tengan un significado oprobioso, como el de Judas.

Entre los nombres que expresan tendencias ideológicas o políticas pueden mencionarse Anárquico o Ateo, que en un caso llevado ante nuestros tribunales se autorizó a cambiar por Atilio.

b) Está prohibido imponer apellidos como nombres (art. 63, inc. b]), como es costumbre en algunos países, como Inglaterra, pero no en el nuestro.

c) No se puede imponer primeros nombres idénticos a los de hermanos vivos (art. 63, inc. b]). Esta prohibición tiende a evitar equívocos y confusiones. La prohibición solo se refiere al primer nombre. En cambio, nada se opone a que el segundo nombre de pila sea igual al de los hermanos.

d) Por último, no se pueden imponer más de tres nombres de pila (art. 63, inc. b]). La limitación tiende a evitar los problemas surgidos de numerosos nombres que en la práctica se omiten, dando lugar a confusiones.

41. Nombres aborígenes

Como se ha señalado el Cód. Civ. y Com. autoriza a la inscripción de nombres aborígenes o derivados de voces autóctonas y latinoamericanas, siguiendo así lo que ya establecía la ley 23.162.

Así al amparo de dicha norma se han autorizado a imponer nombres tales como Usel, Ixiel, Kanki y otros.

§ 4.— El seudónimo

42. Concepto

Con frecuencia las personas suelen ocultar su verdadero nombre bajo un seudónimo, impulsadas por razones muy distintas. A veces, es un deseo de cortar vínculos con el pasado y mostrar su propósito de emprender una nueva vida: tal, por ejemplo, el nombre monacal; otras veces, el de ocultar la personalidad, como suele ocurrir con algunos personajes políticos o científicos que publican su primer libro de versos con timidez y con el deseo de evitar el ridículo si la obra no tiene buena acogida; pero lo más frecuente es que el seudónimo se utilice, no para ocultar al autor, sino para darle realce, para emplear un nombre elegante o eufónico y que resulte más atrayente (caso frecuente en las actrices cinematográficas y teatrales). Lejos de un propósito de ocultamiento, hay más bien un deseo de facilitar la notoriedad.

Todos estos motivos son perfectamente lícitos, y es lógico por consiguiente, que la ley otorgue al seudónimo no solo su protección, sino también que le permita gozar de la plena tutela del nombre en un pie de igualdad.

43. Cómo se adquiere

Sostienen algunos autores que el seudónimo se adquiere por la sola voluntad del interesado. Bastaría que este se lo atribuya, para merecer el amparo del derecho.

No es este, empero, el criterio que prevaleció en la ley 18.248 y en la actual redacción del art. 72 del Cód. Civ. y Com. según el cual el seudónimo debe haber adquirido notoriedad y cuando es tal, goza de la tutela del nombre. Es la solución razonable. Naturalmente, no se trata de exigir una fama notable; basta con una muy modesta, pero que, de otras maneras, haya hecho conocida a la persona que lo usa, dentro de ciertos círculos o ambiente social. Sin esta exigencia de la notoriedad, no se explica la protección jurídica. Ante todo la prueba de que se lo ha usado, sería muy difícil o imposible en la mayor parte de los casos; en segundo lugar, si el interés es la medida de las acciones, no se concibe por qué habría de protegerse al que se pretende titular de un seudónimo que no es públicamente conocido. Ello explica que el art. 9º del Cód. Civil italiano exija para la protección del seudónimo, que haya adquirido importancia; en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa.

Desde el momento en que el autor de una obra literaria o artística la hace pública, tiene derecho a inscribir su seudónimo, aunque hasta ese momento no lo haya usado (art. 3º, ley 11.723).

44. Elección del seudónimo

El seudónimo elegido por los artistas o literatos suele asumir distintas formas y modalidades; a veces es un nombre y apellido, como Hugo Wast,

George Sand, etc.; otras, un nombre propio solamente, o un nombre de fantasía: Almafuerte, Clarín, Voltaire, Nik, Liniers.

Pero la elección del seudónimo no es completamente libre; se lo debe elegir de modo que no cause perjuicio a nadie. Por consiguiente, otra persona cuyo nombre o seudónimo ya acreditado, fuera igual o casi idéntico al que se pretende usar, puede legítimamente oponerse.

El interesado puede cambiar de seudónimo cuantas veces lo estime conveniente, a diferencia de lo que ocurre con el verdadero nombre, que es inmutable.

45. Ámbito de aplicación del seudónimo

La ley reconoce el derecho al seudónimo siempre que este se limite a una determinada esfera literaria, artística, etc. No podría extenderse a todos los actos de la vida de una persona, porque ello importaría cambiar por propia voluntad y determinación su nombre, lo que está prohibido.

Los actos jurídicos suscriptos con el seudónimo son perfectamente válidos dentro de la esfera de las actividades tenidas en vista al adoptarle. Y, aun fuera de ellas, la firma es válida si el tercero es de buena fe e ignoraba que el verdadero nombre de su contratante era otro. Así, por ejemplo, un pagaré ajeno a sus actividades artísticas, suscripto por un actor cinematográfico con el seudónimo por el cual es universalmente conocido, sería exigible por el acreedor. Pero, si se tratara de un documento ajeno también a sus actividades artísticas, suscripto con su seudónimo por un artista radial que se hiciera llamar el Paisanito, la Cuyanita, la Cordobesa, etc., no sería exigible, salvo circunstancias de hecho sujetas a la apreciación judicial.

Si el seudónimo designara a varias personas unidas entre sí por sus actividades profesionales, los colaboradores no tienen derecho a servirse aisladamente del seudónimo, sin consentimiento de los demás.

46. Protección legal

Cuando el seudónimo hubiera adquirido notoriedad, goza de la misma protección del nombre, es decir, el titular está protegido por idénticas acciones (art. 72).

Por consiguiente, el titular de un nombre o de un seudónimo puede impedir que otra persona utilice esa misma designación como propia.

Puede ocurrir, sin embargo, que una persona usara durante largo tiempo un seudónimo y hubiera adquirido notoriedad con él; en tal caso, otra persona cuyo nombre o seudónimo fuera igual y anterior a aquel, habría perdido su derecho a impugnarlo, pues debe considerarse que el prolongado tiempo transcurrido sin reclamación, importa un consentimiento tácito a que se lo use, y porque, además, sería injusto

privar a una persona de un seudónimo usado durante tanto tiempo sin oposición. Es esta una delicada cuestión que queda sujeta a la apreciación judicial.

47. Sobrenombre

Es preciso no confundir el seudónimo con el sobrenombre. Mientras aquel es elegido por el propio interesado y con el propósito de facilitar sus actividades, el último le es impuesto por otras personas, ya sea su familia, sus amistades o el círculo dentro del cual se desenvuelve. Además, el seudónimo solo se utiliza para un determinado aspecto de la personalidad: designa al artista, el literato, el deportista; por el contrario, el sobrenombre o apodo designa toda la persona natural.

Por otra parte, el sobrenombre tiene muy poca relevancia jurídica: cuanto más puede servir para individualizar a una persona en un acto jurídico y, particularmente, en los de última voluntad. Así, por ejemplo, la designación de un heredero por su sobrenombre es perfectamente válida.

§ 5.— Cambio o adición del nombre

48. El principio de la inmutabilidad

Hemos dicho ya que, siendo el nombre una institución de policía civil, es, en principio, inmutable, salvo si existen justos motivos a criterio del juez (art. 69). Pero este principio no es ni puede ser absoluto. La vida de relación presenta casos en que el cambio de nombre resulta, por diversas razones, necesario a la persona que lo lleva; en tales hipótesis no sería equitativo negar el derecho al cambio, si de ello no surge un perjuicio de orden social. Pero como el nombre tiene una importancia fundamental en la identificación de las personas, como el cambio arbitrario y libre podría prestarse a engaños y fraudes, no se puede admitir si no median causas serias que lo justifiquen. Y, desde luego, nadie puede cambiar por su sola voluntad de nombre, sino que para ello es necesario que medie resolución judicial (art. 69, Cód. Civ. y Com.).

49. Justas causas de cambio de nombre, con intervención judicial

Nuestra jurisprudencia fue muy liberal, hasta no hace muchos años, en lo que atañe a las causales admisibles para el cambio de nombre. Pero los graves inconvenientes que de ello derivaban, provocó en su momento la sanción de la ley 18.248, que no hizo otra cosa que receptar lo que la jurisprudencia venía haciendo, esto es, hacer más restrictiva la posibilidad del cambio de nombre, criterio este que ha sido reiterado en el art. 69 del nuevo Código.

Así en principio solo se admite el cambio cuando mediaren justos motivos y siempre con intervención judicial cuando: a) el seudónimo ha adquirido notoriedad; o, b) por la raigambre cultural, étnica o religiosa; o

finalmente, c) por la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada.

La jurisprudencia, en estos últimos años, ha sido por demás condescendiente con los pedidos de cambio de nombre. El cambio es admisible y así se resolvió:

a) Si el nombre tiene en nuestro idioma un significado ridículo o se presta a giros injuriosos o agraviantes o a deformaciones maliciosas. Es así como se ha autorizado el cambio de apellidos tales como Miculinich por Micolini, Kacas por Katz, Jodzinsky por Josen, María Tranquila por María Rosa, Sin Fin para el Amor por Serafín.

b) Si el nombre es contrario al sentimiento religioso del peticionante y al que predomina en la sociedad: tal fue el caso de Ateo, que se autorizó a cambiar por el de Atilio; o si tiene significado ideológico contrario a las ideas predominantes en nuestro medio, como Anárquico, Lenín.

c) Si es la traducción del extranjero.

d) Si se aduce error del oficial público al labrar el acta: tal, por ejemplo, el caso de que se hubiera inscripto el nombre de Ster por Esther, o de Mario por María, etc.

e) Si el nombre ha sido públicamente deshonrado por los padres o por otros homónimos; pero no basta un delito cualquiera, sino uno grave y que haya tenido pública notoriedad. Es así como se ha decidido que no autoriza al hijo a cambiar el apellido del padre si este ha cometido un homicidio simple o si no se alega otra cosa que el abandono hecho por el padre, ya fallecido, de su familia; en cambio, procede el cambio si el padre formó parte de una banda de ladrones profesionales, integrada también por los tíos paternos y maternos, que dio lugar a un ruidoso proceso público.

f) Puede cambiarse el nombre de pila del hijo adoptivo si hubiere razones fundadas en lo prescripto en el art. 69, o bien por uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado (art. 623, Cód. Civ. y Com.).

g) También se ha considerado que configura justo motivo de adición de nombre el hecho de ser la persona conocida tanto en el ámbito de sus relaciones familiares y sociales enmarcadas por la influencia de la cultura de origen, como en el ámbito escolar, pues ello contribuye a reafirmar su identidad en los ámbitos familiar y social.

50. Justas causas de cambio de nombre, sin intervención judicial

El art. 69 del Cód. Civ. y Com. prevé dos casos en los que no es necesaria la intervención judicial para poder cambiar el nombre: a) cuando el cambio

de nombre obedece a la identidad de género o b) por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad.

En el caso de esta última causal es más que evidente la razonabilidad de que no sea necesaria la intervención judicial porque el vínculo quedará acreditado fehacientemente con la prueba genética que en la actualidad no admite dudas y que por otra parte la adulteración de la partida ha sido en violación al derecho personalísimo de la identidad personal.

Por el contrario, no son causas suficientes como para autorizar el cambio de nombre:

a) Motivos de orden puramente sentimental o familiar.

b) El abandono del padre ya fallecido y el reconocimiento hacia el padrastro que lo educó y protegió.

c) La costumbre de usar un nombre distinto del propio; pero esta costumbre autoriza a una declaración de identidad de persona.

51. La adición de nombre: causas que la autorizan

La adición implica también una modificación del nombre originario y, por lo tanto, se rige, en principio, por las mismas reglas señaladas en los números anteriores. Sin embargo, es preciso hacer dos observaciones: a) en algunos casos, la adición no solo se permite, sino que está impuesta por la ley; b) la adición no tiene la misma trascendencia y gravedad que el cambio de nombre, por lo cual la jurisprudencia ha sido algo más tolerante.

a) En cuanto a la adición obligatoria de nombre, ella se produce con respecto a los hijos adoptivos; respecto de estos cabe notar que si bien la adición del apellido del adoptante es obligatoria, pueden también adicionar el nombre de pila; los hijos extramatrimoniales reconocidos con posterioridad al nacimiento, deben también adicionar el apellido del padre o madre que los han reconocido, salvo, sin embargo, su derecho de mantener el nombre que se les hubiera dado si ya se han hecho un nombre público, profesional, comercial y la pérdida del apellido que llevaban puede ocasionarles perjuicios sociales o económicos.

b) En los demás casos, la adición de nombre se rige por los mismos principios del cambio, con algunas atenuaciones. Es así que se ha reconocido el derecho de adicionar un nombre o apellido: 1º) si corresponde al tutor o guardador para con quien el peticionante tiene un deber de gratitud filial; 2º) si se trata de un hijo de padres desconocidos, a quien el oficial de Registro Civil le ha impuesto dos nombres de pila, en lugar de nombre y apellido; 3º) si se procura obviar los inconvenientes que resultan de la existencia de un homónimo y mucho más si ambos son primos y ejercen la misma profesión; 4º) si se ha usado toda la vida y

figura en la partida de bautismo y en otros documentos, tales como la partida de matrimonio y la de nacimiento de sus hijos; 5º) si con la adición se puede disimular el ridículo a que se presta un nombre.

52. Procedimientos

La modificación, cambio o adición de nombre tramitará por el proceso más abreviado que prevea la ley local, con intervención del Ministerio Público. El pedido se publicará una vez por mes, durante dos meses en el diario oficial. Puede formularse oposición dentro de los quince días hábiles computados desde la última publicación. Antes de dictar sentencia, el juez deberá requerir información sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado. La sentencia es oponible a terceros, desde su inscripción en el Registro Civil. Comunicada la sentencia, deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrables que sean necesarios.

Producida la modificación, cambio, adición o rectificación del nombre o apellido de una persona, se rectificarán simultáneamente, como consecuencia, las partidas de los hijos menores y la de matrimonio, si los hubiere. Si bien esto no lo establece taxativamente el nuevo código, es la consecuencia lógica de la modificación, cambio, adición o rectificación del nombre o apellido. La ley 18.248 en su art. 19 lo preveía expresamente.

Si bien el Código tampoco impone la rectificación simultánea de las partidas de los hijos, parecería que en el caso de los hijos mayores de edad, un cambio en el apellido paterno afecta tanto a unos como a otros y la rectificación de las partidas de estos deben ser solo por la iniciativa de ellos. Es que puede ocurrir que ellos se hayan hecho ya un nombre social, profesional o comercial y el cambio de apellido les resulte perjudicial.

§ 6.— Protección del nombre

53. Diversas acciones

El nombre está protegido por diferentes acciones que se reconocen al titular en previsión de posibles ataques a su derecho.

54. a) Acción de reclamación del nombre

Puede ocurrir aunque el caso es poco frecuente que al titular de un nombre se le desconozca el derecho a usarlo. Tal ocurriría si una persona, ya sea en publicaciones periodísticas, en actuaciones judiciales o en manifestaciones verbales pero públicas, le niega a otra el derecho al nombre que lleva; o si el oficial público del Registro Civil rehúsa la inscripción de su nombre en las partidas correspondientes.

En tal caso el titular tiene acción para demandar su reconocimiento y pedir se prohíba toda futura impugnación por quien lo negare; además, se

debe ordenar la publicación de la sentencia a costa del demandado (art. 71, inc. a], Cód. Civ. y Com.). La ley no dice dónde debe hacerse la publicación por lo que pareciera que más que en el Boletín Oficial, la publicación deberá hacerse en un diario de amplia difusión para que llene su objeto.

55. b) Acción de impugnación del nombre

Cuando una persona usara el nombre de otra para su propia designación, el titular podrá demandar para que cese en el uso indebido, sin perjuicio de la reparación de daños si los hubiere, como así también la publicación de la sentencia que lo disponga (art. 71, apart. b).

Para que la acción proceda es preciso: 1) que una persona use el nombre de otra; 2) que el uso del nombre sea ilegítimo; no será ilegítimo si se ha autorizado judicialmente el cambio o adición del que resulta la homonimia. Sin embargo, si se prueba que ha habido malicia en el cambio pedido y obtenido judicialmente, creemos que la acción es igualmente procedente. Salvo este caso, no es necesaria la malicia en el que usa indebidamente el nombre de otro y ni siquiera está obligado este a probar que dicho uso lo perjudica. Naturalmente, si hay perjuicio, debe responder también por los daños y perjuicios. Pero la ley ha separado claramente y con razón, la acción para impedir el uso indebido y la de daños.

56. c) Acción en defensa del buen nombre

Debe distinguirse de la acción anterior, la que se tiene para impedir que se use el propio nombre para designar cosas o personajes de fantasía. En este caso, la acción requiere que el uso sea malicioso y que produzca daño material o moral al accionante (art. 71, inc. c]).

Antes de la ley 18.248, la jurisprudencia había confundido esta acción y la de impugnación, lo que es un evidente error. La de impugnación se da para evitar que el propio nombre sea utilizado por un tercero. Basta con ello para hacer nacer la acción. La que ahora tratamos se da para impedir que el nombre sea utilizado para designar un personaje de fantasía ridículo o inmoral, o que por cualquier otra razón perjudique el buen nombre y honor de una persona. Para que esta acción proceda es necesario malicia en el autor y perjuicio para el accionante. Si no hay perjuicio no hay acción, al contrario de lo que ocurre en la impugnación.

En el caso que ahora tratamos, no se justificaría que una mera coincidencia de nombres hiciera nacer la acción de impugnación, porque de lo contrario quedaría seriamente afectada la libertad de producción literaria. Para no caer en el riesgo de ser llevados ante los tribunales, los autores deberían atribuir a sus personajes de ficción nombres estrafalarios, que harían perder al relato el clima de realidad que se pretende crear.

57. Quiénes tienen la acción

Según el art. 71, último apartado, las demandas tendientes a la protección del nombre podrán ser promovidas exclusivamente por el interesado; si ha fallecido, por sus descendientes, cónyuge o conviviente, y a falta de estos por los ascendientes o hermanos.

III — Domicilio

§ 1.— Concepto y clasificación

58. Concepto

El domicilio es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de determinados efectos jurídicos.

Es una exigencia ineludible del buen orden social, que las personas puedan ser ubicadas en el territorio. Es necesario que exista un lugar determinado en donde se les pueda exigir el cumplimiento de sus obligaciones, el pago de los impuestos, donde se los pueda notificar judicial o administrativamente; se precisa que las personas tengan un asiento jurídico, en donde puedan reclamar la protección de las leyes. De ahí la importancia del domicilio.

El domicilio siempre está determinado o fijado por la ley. A veces, esta toma en cuenta la residencia real de la persona; otras veces, su profesión, las funciones que desempeña, su dependencia de un representante legal, etc. De ahí que sea impropio hablar de domicilio aparente o anómalo, como lo hacen algunos autores refiriéndose a los que no coinciden con el verdadero centro de la residencia o de los negocios de una persona. Porque si en el concepto común, por domicilio se entiende el lugar en donde una persona vive, desde el punto de vista jurídico es aquel lugar en que la ley la ubica para el cumplimiento de sus obligaciones.

59. Clasificación

El domicilio se clasifica en general u ordinario y en especial. El primero es el que se aplica a la generalidad de los derechos y obligaciones de una persona; en cambio, el segundo es un domicilio de excepción y se aplica solamente a ciertas relaciones jurídicas especialmente determinadas en cada caso particular.

A su vez, el domicilio general u ordinario se clasifica en real y legal. El nuevo Código alude expresamente al domicilio ignorado y no hace referencia al domicilio de origen por cuanto no forma una categoría aparte, sino que está comprendido dentro del concepto de domicilio legal, como hemos de verlo más adelante.

§ 2.— Domicilio general u ordinario

60. Concepto. Distinción con la residencia y la habitación

Según el art. 73 del Cód. Civ. y Com., la persona humana tiene su domicilio real en el lugar de su residencia habitual o donde desempeñare su actividad profesional o económica si así la tuviere. Es, pues, el lugar en donde una persona vive, en donde tiene el centro principal de sus actividades, en donde reside habitualmente.

Es necesario no confundirlo con la simple residencia, que implica la permanencia en un lugar con carácter temporario y sin ánimo de vivir allí, y menos aún con la habitación, que es la permanencia accidental en un sitio determinado. Imagínese el caso de una familia que vive en Buenos Aires y pasa su temporada de veraneo en Córdoba: tiene su domicilio en la Capital y su residencia en esa provincia. Puede ocurrir que durante el veraneo y viajando en automóvil a Córdoba, el jefe de la familia se vea obligado a pernoctar en Venado Tuerto: en este lugar tiene su habitación.

Ahora bien: el art. 73 habla de la residencia habitual y en caso de ejercer actividad profesional o económica el de donde se desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de tales actividades. Pero puede ocurrir, sin embargo, que se tenga la residencia en un lugar y los negocios en otro, como sucede con frecuencia con las personas que viven con su familia en los pueblos circunvecinos de la Capital Federal, pero tienen su comercio o escritorio en esta ciudad. El Código derogado, en el art. 94, disponía la prevalencia del lugar en donde estaba establecida la familia, a diferencia del Cód. Civil italiano, en el cual el domicilio está determinado por el lugar en el que se ha establecido la sede principal de los negocios e intereses (art. 43). Si bien el nuevo Código no se expide al respecto pareciera que la solución justa es la de dar preferencia a la residencia de la familia en todas las relaciones jurídicas de carácter extrapatrimonial y a la sede de los negocios en las patrimoniales.

Según una doctrina muy generalizada, el domicilio real requiere dos elementos: uno, objetivo, que es la residencia habitual; el otro, subjetivo, que consiste en el ánimo o intención de permanecer en él. Por nuestra parte, consideramos que la intención no constituye un elemento necesario del domicilio. Es verdad que nuestro Código alude a ella (art. 77); pero evidentemente la intención que se toma en cuenta es aquella que se manifiesta en hechos concretos, en actos exteriores. La intención a que alude el Código es simplemente la conducta que permite inferir una voluntad de hacer de ese lugar el centro de su actividad. Un abogado cordobés que instalara su estudio en Buenos Aires, y trasladara su familia, no puede pretender luego que tiene intención de conservar su domicilio en Córdoba. Ello demuestra que el domicilio real está determinado exclusivamente por elementos objetivos: la residencia habitual en un lugar

determinado, que se ha hecho el centro de la vida familiar, y de las actividades culturales, económicas, etc.

61. Caracteres del domicilio real

Además de los caracteres propios del domicilio general, a los que hemos de referirnos más adelante, el domicilio real presenta los siguientes:

a) es voluntario, porque depende de la voluntad de las personas;

b) es mutable, porque puede cambiarse de un lugar a otro; esta ha sido reputada como una de las garantías de la libertad humana y, por ello, el Código ha dispuesto que dicha facultad no puede ser coartada ni por contrato ni por disposición de última voluntad (art. 77);

c) es inviolable, y así lo dispone el art. 18 de la CN. Este texto habla solamente de domicilio; pero es obvio que se refiere al real.

62. Elementos del domicilio real

Los elementos del domicilio real son el *corpus* y el *animus*. Se llama *corpus* al hecho material de residir en un lugar y *animus* a la intención de hacer de ese lugar el principal asiento de su residencia y sus negocios. Debe decirse, sin embargo, que el *animus* o intención que interesa no es la subjetiva o íntima del sujeto, sino la que se revela en hechos exteriores. Hemos tratado con mayor detenimiento este punto en el nro. 289.

63. Cambio de domicilio real

Hemos dicho ya que uno de los caracteres del domicilio real es su libre mutabilidad y que esta facultad no puede ser coartada por contrato ni por disposición de última voluntad (art. 77, Cód. Civ. y Com.).

¿Cómo se opera el cambio de domicilio real? El Cód. Civ. y Com. resuelve este problema disponiendo que el cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar a otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento (art. 77). Con esta disposición se ha querido dejar sentado que lo único que tiene validez para determinar el domicilio de una persona, es el lugar en donde ella reside habitualmente, haciendo de él el centro de sus actividades.

Por consiguiente, no bastaría con que una persona cambiase la residencia, si el lugar anterior continúa siendo el centro de sus actividades, adonde ella ha de volver; no cambia de domicilio quien pasa su temporada de veraneo en Mar del Plata, dejando su casa puesta en Buenos Aires. Tampoco sería eficaz una declaración formal en el sentido de que se tiene la intención de mudar el domicilio; es necesario siempre que esta voluntad se traduzca en hechos.

64. Conservación del domicilio

El art. 77 habla del "ánimo de permanecer" en el domicilio lo que conlleva a pensar que el domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo o de no adoptar otro. Es decir, que, para cambiar el domicilio, sería necesaria la intención seguida del efectivo traslado de la residencia, para conservarlo bastaría la intención. Nada más erróneo. Es necesario insistir en que el domicilio real siempre está determinado por la conducta, que permite inferir que una persona ha hecho de ese lugar el centro de sus actividades, el sitio de su residencia habitual, de su vida. Es esta conducta la que determina la adquisición del domicilio, así como su cambio y conservación. La intención no se puede disociar en ningún caso de la conducta externa de la persona.

Supóngase que una persona, domiciliada en Buenos Aires, emprenda un viaje por el Viejo Mundo, que dure largo tiempo, dos, tres, o más años. En tanto no se establezca definitivamente en otro lugar, en tanto siga teniendo en Buenos Aires su casa puesta, su escritorio abierto, la administración de sus propiedades, continúa teniendo aquí su domicilio; en este caso, la ley supone que tiene la intención de no cambiarlo y, como su conducta exterior así lo demuestra, conserva su domicilio primitivo. Pero si esa misma persona se establece en París, y hace de esta ciudad el centro de sus actividades y de su vida, por más que en su interior tuviera la intención de volver a Buenos Aires, habría cambiado de domicilio y, por consiguiente, perdido el que tenía aquí.

Como se ve, los problemas del cambio y de la conservación del domicilio están íntimamente ligados. Por lo general, una persona no pierde un domicilio sino cuando adquiere otro, vale decir, cuando lo cambia. Son excepcionales las hipótesis en que lo deja sin tener ningún lugar de residencia efectiva.

B.— Domicilio legal

65. Concepto y caracteres

Según el art. 74 del Cód. Civ. y Com., el domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.

De acuerdo con el concepto expresado en este artículo, el domicilio legal vendría a ser una ficción; se parte de la noción de que el único domicilio verdadero es aquel en el que se tiene el asiento principal de la residencia o de los negocios; por consiguiente, si la residencia efectiva no coincide con el lugar fijado por la ley, el domicilio es ficticio. Creemos que este concepto reiterativo de Vélez Sarsfield, muy común en doctrina, es erróneo. Según lo hemos definido, domicilio es el lugar que la ley fija como asiento jurídico de la persona, para la producción de determinados efectos

(nro. 287). Algunas veces toma en cuenta la residencia: es el domicilio real; pero otras considera distintas circunstancias ajenas a la residencia efectiva: es el domicilio legal. En ningún caso hay ficción: es siempre la ley la que está fijando el lugar del domicilio. Sin embargo, es conveniente notar que aun en el caso de domicilio legal, siempre está presente la idea de residencia habitual. Toda la enumeración del art. 74 se basa en esa idea, y el domicilio se fija allí donde es lógico suponer que una persona está presente. Si bien esta residencia efectiva no es un requisito *sine qua non* del domicilio legal, la ley ha procurado que ambas coincidan.

El equívoco de considerar ficticio el domicilio legal se explica porque, etimológicamente, la palabra domicilio deriva de *domus*, la casa en que se vive; este es también el significado vulgar de dicha palabra. Pero a veces el significado jurídico suele diferir del etimológico y del común; ese es nuestro caso.

El domicilio legal, a diferencia del real, es forzoso. Su elección no depende de la voluntad de la persona, sino que es impuesta por la ley, y no puede ser cambiado ni fijado en otro lugar mientras dure la situación jurídica de la cual depende.

66. Casos de domicilio legal

El art. 74 del Cód. Civ. y Com. enumera distintas hipótesis de domicilio legal, que estudiaremos a continuación.

67. a) Funcionarios públicos

Los funcionarios públicos tienen su domicilio en el lugar en que deben cumplir sus funciones, no siendo estas temporarias, periódicas, o de simple comisión (art. 74, inc. a]).

Se discute en doctrina si al hablar de funcionarios la ley alude solamente a los de alta jerarquía (pues esta es la acepción común de la palabra funcionario), o si por el contrario designa a todos los que ejercen una función o empleo público, por modesto que sea. A veces las leyes emplean esta palabra en su significado restringido y a veces en el amplio.

En nuestra hipótesis, pensamos que no hay razón alguna para juzgar que la ley ha hecho distinción entre los funcionarios de jerarquía y los de categoría inferior. La razón que ha tenido para fijar este domicilio legal, es que allí debe suponerse que se encuentra la persona, en virtud de la habitualidad de sus tareas. El empleo público obliga por lo general al empleado a permanecer en el lugar en el que debe llevar las suyas. Y como esta circunstancia se da cualquiera que sea la importancia del empleo público, es natural que la disposición del art. 74 se aplique a todos los empleados y obreros del Estado.

Si una persona desempeña dos funciones públicas permanentes en distintas jurisdicciones o lugares, tiene dos domicilios legales, ya que ninguna norma legal autoriza a hacer prevalecer uno de ellos.

La atribución de domicilio legal no comprende, sin embargo, a los que desempeñan funciones temporarias, periódicas o de simple comisión (art. 74, inc. a], *in fine*). Como ejemplo pueden citarse los legisladores, sean provinciales o nacionales, los directores de banco u otras instituciones oficiales, cuyas funciones tienen un término fijo, los miembros de una intervención federal, etc. Estos funcionarios carecen, por lo tanto, de domicilio legal.

68. b) Militares

Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquel (art. 74, inc. b]).

También los militares son funcionarios públicos, no obstante lo cual nuestro Código ha creído conveniente tratarlos por separado e introducir una diferencia sensible con respecto a los demás, desde que, en este caso, el interesado puede manifestar su voluntad de tener el domicilio en el lugar del asiento de su residencia o de sus negocios.

El inc. b) se refiere concretamente a los militares en servicio activo; por consiguiente, los que estén en situación de retiro carecen de domicilio legal.

69. c) Transeúntes o las personas de ejercicio ambulante como las que no tienen domicilio conocido

Los transeúntes, o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual (art. 74, inc. c]).

Esta disposición se vincula con el principio de la necesidad del domicilio. El legislador se ha preocupado de atribuir un domicilio aun a estas personas, que no tienen un asiento principal conocido. En tales casos, la ley lo fija en el lugar de su residencia actual, es decir, de su habitación, ya que no es necesaria la permanencia habitual, bastando el simple hecho de su presencia actual.

Al hablar de personas que no tienen domicilio conocido, la ley alude a aquellas a las cuales no se les ha conocido nunca un domicilio, porque si se sabe de uno, aunque haya sido abandonado, rige el art. 76, que dispone que si se ignora el lugar en donde se encuentra una persona es el último domicilio conocido de la persona el que prevalece.

70. d) Incapaces

El inc. d) del art. 74 sienta el principio general de que los incapaces tienen el domicilio de sus representantes.

71. Personas jurídicas

El domicilio de las personas jurídicas es el fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar (art. 152, Cód. Civ. y Com.).

En caso de que la persona jurídica tenga muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos solo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. Es perfectamente justo y razonable que las personas que contratan con las sucursales o agencias de una empresa no se vean obligadas más tarde a plantear sus reclamaciones en otro lugar, ubicado quizás a gran distancia.

No siempre resulta claro, sin embargo, si la representación que tiene acreditada una casa de comercio en algún punto del interior del país es o no una sucursal, en el concepto del art. 152, esto es, que autorice a demandarla en ese lugar. Es esta una cuestión de hecho, que debe resolver el juez apreciando la importancia comercial del establecimiento local y la extensión de los poderes conferidos al gerente o jefe de ella.

72. El domicilio de origen

El Cód. Civil derogado se refería al domicilio de origen en el art. 89 *in fine*, que no es otra cosa que el lugar del domicilio de los padres, en el día del nacimiento de los hijos, pero al carecer de todo interés en nuestro sistema legal dicha distinción, ya que desde el momento del nacimiento los menores tienen el domicilio de sus padres o representantes legales, no fue receptado en el nuevo texto del Código, puesto que es evidente que no se trata sino de una hipótesis más de domicilio legal.

El Código fija este domicilio a los efectos de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales. Eso no significa de ninguna manera que sea válido únicamente con respecto a las obligaciones contractuales, sino que se extiende a todas las obligaciones nacidas de la actividad de esa sucursal, inclusive las que surgen de delitos o cuasi delitos cometidos por los representantes, agentes o dependientes de la persona jurídica.

C.— Necesidad y unidad del domicilio general

73. Necesidad del domicilio

Hemos dicho ya que el domicilio de las personas es una exigencia del orden jurídico: es indispensable poder ubicar a las personas en el territorio, para poderles exigir el cumplimiento de sus obligaciones y deberes.

De ahí que todas las personas deban, necesariamente, tener un domicilio. Por eso la ley se ha preocupado de fijarlo aun en aquellos casos en que los interesados no tienen una residencia fija, un centro de sus actividades y sus negocios. Así es como el art. 74, inc. c), establece: "Los

transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tienen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual". Pero puede ocurrir que la persona no se encuentre presente y que no se conozca su residencia o habitación. En ese caso, el último domicilio conocido de una persona es el que prevalece, cuando no es conocido el nuevo (art. 76). Por último, el art. 2613 establece que la persona tiene su domicilio en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él.

Como se ve, la ley ha querido evitar que, en ningún caso, una persona carezca de domicilio.

74. Unidad del domicilio

Además de necesario, el domicilio es, dentro del sistema de nuestra ley, único: no se puede tener más de un domicilio general. Este principio no solo ha sido establecido de una manera expresa en el art. 2613 apartado segundo, al determinar que "la persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo" sino que además surge de diversas disposiciones legales.

El art. 73 fija el domicilio real en el lugar de su residencia habitual o en donde ejerce su actividad profesional o económica.

El art. 77 hace incompatible la conservación del domicilio anterior con la constitución de uno nuevo, ya que dice que el cambio es instantáneo.

75. Excepciones al principio de la unidad

Pero el principio de la unidad del domicilio no es absoluto y, por el contrario, admite algunas excepciones.

a) Las compañías con diversos establecimientos o sucursales tienen tantos domicilios como agencias, a los efectos de las obligaciones contraídas en ellas (art. 152).

b) Las personas que ejercen dos o más funciones públicas permanentes, tienen tantos domicilios como lugares en que ejerzan aquellas.

c) Si una persona residiera alternativamente y por el mismo tiempo en dos o más lugares, tiene tantos domicilios como lugares de residencia. En efecto, en este caso no hay otra manera de resolver el problema jurídico. Ocurre con frecuencia que una persona tiene una estancia en la provincia de Buenos Aires y casa puesta y, además, escritorio en la Capital, y que vive alternativamente seis meses en ambos lugares. En los dos lugares tiene su residencia y el asiento de sus negocios; es, por ende, indiscutible que puede ser demandado tanto en la provincia como en la Capital.

76. Crítica al sistema de la unidad del domicilio

El principio de la unidad del domicilio, sobre todo si se lo aplica con rigor, se presta a severas críticas. La primera y fundamental es que no responde a la realidad. Si en la práctica una persona tiene varios asientos de su residencia y de sus negocios, no se ve por qué razón ha de atribuirse a uno solo de ellos el carácter de domicilio. Es injusto que el tercero que contrata con una persona en uno de sus establecimientos o asiento sea obligado a investigar si no tiene otro más importante y acudir, en su caso, a otra jurisdicción para litigar.

Menos lógico aún resulta el principio de la unidad, si se tiene la residencia de la familia en un lugar y los negocios en otro. Ocurre con frecuencia que una persona viva con su familia en los alrededores de la Capital Federal y tenga su escritorio, consultorio, comercio o industria en esta ciudad. No resulta de ninguna manera equitativa que quienes se vinculan comercial o profesionalmente con ella en la Capital, que tratan allí sus negocios, sean obligados a ocurrir a los tribunales provinciales para compelerla a cumplir sus obligaciones. En cambio, es natural que las acciones relativas al derecho de familia se intenten ante el juez del lugar en donde esta vive. Tal es el sistema que se desprende del art. 23 del Cód. Civil suizo y también el criterio general seguido por el nuevo Cód. Civil italiano, aunque no siempre se ha ajustado rigurosamente a él (v. arts. 92, 104, 107, 286, 304, 341, 923, etc.).

D.— Efectos del domicilio general

77. Efectos del domicilio

El lugar del domicilio produce importantísimos efectos:

a) En materia de derecho internacional privado, determina cuál es la ley aplicable al estado y capacidad de la persona (art. 2616, Cód. Civ. y Com.); asimismo el domicilio del propietario determina la ley aplicable a los bienes muebles que aquel lleva consigo o que son de su uso personal (art. 2670, Cód. Civ. y Com.).

b) Fija la competencia de las autoridades judiciales en los siguientes casos: 1º) el juez del domicilio del demandado es competente para entender en las acciones personales, si no se hubiera convenido lugar para el cumplimiento de las obligaciones o si tratándose de acciones derivadas de un hecho ilícito, no optase el actor por demandar ante el juez del lugar del hecho (art. 5º, incs. 2º y 3º, Cód. Proc.); y en las acciones reales sobre bienes muebles, salvo que el actor prefiera demandar en el lugar en que se encuentra la cosa (art. 5º, inc. 2º, Cód. Proc.); 2º) las acciones hipotecarias y prendarias deben iniciarse ante el juez del domicilio del demandado, salvo que se haya estipulado otro lugar de pago; 3º) al juez del domicilio que tenían los padres en el momento de su fallecimiento corresponde el discernimiento de la tutela del menor

huérfano; 4º) el discernimiento de la curatela toca al juez del domicilio del insano; 5º) en la declaración de ausencia es competente el juez del último domicilio (art. 81, Cód. Civ. y Com.); solo en defecto de este tiene competencia el juez de la última residencia; 6º) el último domicilio del causante fija la competencia judicial para el juicio sucesorio (art. 2336, Cód. Civ. y Com.); 7º) el divorcio se rige por la ley del último domicilio conyugal (art. 2626, Cód. Civ. y Com.); 8º) el domicilio del deudor fija la competencia del juez del concurso y de la quiebra (art. 5º, inc. 12, Cód. Proc. y art. 8º, ley 11.719).

c) Las notificaciones judiciales antes de que se haya constituido domicilio *ad litem*, deben hacerse en el domicilio del demandado, aunque se trate de acciones reales, salvo el caso del domicilio contractual, que veremos más adelante (nros. 311); aun después de haber constituido domicilio especial para el juicio, la citación para absolver posiciones debe notificarse en el real, sobre todo si la parte actúa por mandatario. También deben hacerse en el domicilio del deudor algunas notificaciones extrajudiciales, el requerimiento para poner en mora, la notificación de la cesión del deudor, el protesto de una letra de cambio.

d) El domicilio del deudor, al tiempo del nacimiento de la obligación es el lugar en donde debe hacerse el pago, salvo que se hubiere mudado en cuyo caso el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior. Igual opción le corresponde al deudor cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor (art. 874, Cód. Civ. y Com.).

78. Efectos de la residencia

La simple residencia produce los siguientes efectos jurídicos:

a) Determina la competencia judicial en los siguientes casos: 1º) en el juicio de declaración de ausencia, es competente el juez del último domicilio del ausente y en su defecto, el del lugar en donde existen bienes cuyo cuidado es necesario y si existieren bienes en distintas jurisdicciones en el que haya prevenido (art. 81 Cód. Civ. y Com.); 2º) a los efectos del discernimiento de la tutela, es competente el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida (art. 112, última parte, Cód. Civ. y Com.); 3º) el que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia (art. 5º, inc. 3º, Cód. Proc.).

b) En el orden político, la residencia de los extranjeros en nuestro país por espacio de dos años, los autoriza a solicitar su naturalización (art. 20, CN).

79. Efectos de la habitación

La mera habitación, vale decir, el mero hecho de encontrarse en un lugar en forma transitoria produce los siguientes efectos jurídicos:

a) Determina el domicilio de las personas cuando se trate de transeúntes o de personas de ejercicio ambulante, o que no tuvieran domicilio conocido (art. 74, inc. c], Cód. Civ. y Com.). Coincidiendo con esta disposición, el Cód. Proc. establece que el que no tuviera domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre (art. 5º, inc. 3º, *in fine*).

b) Fija la competencia judicial, aún sin determinar el domicilio (como ocurre en la hipótesis anterior), en los siguientes casos: 1º) si no se hubiera estipulado lugar para el cumplimiento de la obligación será juez competente en las acciones personales, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, con tal que el demandado se halle en él, aunque sea accidentalmente (art. 5º, inc. 3º, Cód. Proc.); 2º) es competente para discernir la tutela de los menores, el juez del lugar en que ellos se encontraren (art. 112, Cód. Civ. y Com.).

c) "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de reunirse; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender" (art. 14, CN). Además, el art. 15 de la Constitución establece que el solo hecho de pisar el territorio argentino (vale decir, la mera y más precaria habitación) determina la libertad de los esclavos que de cualquier modo se introduzcan en él.

§ 3.— DOMICILIO IGNORADO

80. Concepto

El art. 76 del Cód. Civ. y Com. establece que "la persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar donde se encuentra; y si este también se ignora en el último domicilio conocido". El nuevo Cód. Civ. y Com. no cambia la idea de VÉLEZ, en cuanto a que en caso de desconocerse cuál es el domicilio de una persona debe estarse al último conocido. Si se encuentra en un determinado lugar ese será su domicilio. Esto es razón de que las personas deben poseer un domicilio por ser este un atributo de la personalidad y desde allí podrán ejercer sus derechos y obligaciones.

§ 4.— DOMICILIO ESPECIAL

81. Concepto y especies

Llámase domicilio especial al lugar designado, a veces por las partes interesadas, a veces por la ley, que determina algunos de los efectos que ordinariamente produce el domicilio general.

Las distintas formas de domicilio especial son las siguientes: a) el contractual o de elección, creado por voluntad exclusiva de las partes; b) el domicilio *ad litem*, constituido en los juicios, que las partes deben elegir obligatoriamente por imperio de la ley; c) el que podría llamarse legal-especial, porque es fijado por la ley, pero no ya para todos los efectos propios del domicilio general, como ocurre en el caso del domicilio legal (art. 74, Cód. Civ. y Com.).

A.— Domicilio de elección

82. Concepto y caracteres

Al celebrar sus contratos, las partes interesadas suelen elegir un domicilio especial para todos los efectos derivados de este contrato. Con ello se procura evitar los inconvenientes que para una de ellas puede significar el cambio de domicilio de la otra o el tener que recurrir a una jurisdicción judicial lejana. Este domicilio es esencialmente voluntario; las partes pueden o no convenirlo. Es además, contractual, porque solo puede ser constituido por contrato y obliga únicamente si ha sido convenido en esa forma. Finalmente, y a diferencia del domicilio general, que en principio es único, el especial puede ser múltiple: las personas pueden constituir tantos domicilios especiales como contratos celebren.

83. Forma

La elección de domicilio contractual no está sujeta a forma alguna: puede hacerse por instrumento público o privado y aun verbalmente, aunque en la práctica solo se constituye por escrito. Inclusive, la elección puede ser tácita: si en la obligación se designa el lugar de pago, ello importa elegir domicilio especial, puesto que de acuerdo con el art. 5º, inc. 3º, Cód. Proc., son competentes los jueces de ese lugar para entender en las acciones que pudieran derivarse del acto jurídico.

84. Lugar

El domicilio se puede constituir señalando una dirección precisa, con casa y número, o bien indicando solamente una localidad o municipio. En este último caso, el único efecto de la constitución del domicilio especial será la prórroga de la jurisdicción judicial; pero las notificaciones deberán hacerse en el domicilio ordinario.

Se puede constituir en el domicilio real que tienen las partes en el momento de firmar el contrato. En tal caso, la constitución del domicilio tiene por objeto evitar que el cambio de domicilio real altere la jurisdicción judicial. Puede fijárselo en casa de un tercero y aun designando la persona que vive allí. Finalmente, puede constituirse en la casa de la otra parte. En este último caso, la jurisdicción judicial está determinada por el domicilio elegido, pero las notificaciones, sean judiciales y extrajudiciales,

deberán hacerse en el domicilio real del demandado: una elemental razón de buena fe así lo impone.

85. Efectos

Los efectos de la constitución de domicilio contractual son los siguientes:

a) Prórroga de la jurisdicción. El más importante efecto de la constitución de domicilio contractual es la prórroga de la jurisdicción judicial. Deja de ser competente el juez que normalmente hubiera correspondido de acuerdo con lo establecido en el art. 5º del Cód. Proc., para serlo el juez del domicilio elegido.

b) Notificaciones. Una vieja cuestión que ha recibido distintas soluciones en nuestra jurisprudencia es la de si las notificaciones judiciales y en particular la del emplazamiento de la demanda pueden o no ser hechas en el domicilio contractual.

De acuerdo con un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital, es necesario hacer la siguiente distinción: 1º) si el domicilio contractual ha sido constituido en un instrumento privado, la demanda no puede ser notificada allí sino en el domicilio real; 2º) en cambio, puede notificarse la demanda en el domicilio constituido en un instrumento público. La razón de la distinción es muy simple. Mientras el instrumento privado no ha sido reconocido, carece de toda fuerza legal, y no podría ser tenido en cuenta para emplazar la demanda; este procedimiento haría posible, por lo demás, toda clase de fraudes en perjuicio del demandado. En cambio, el instrumento público tiene autenticidad; el juez debe tener por cierto, mientras no se lo querelle por falsedad, que el domicilio está realmente constituido allí; los peligros del fraude son considerablemente menores.

Debe advertirse, sin embargo, que la notificación en el domicilio contractual es simplemente facultativa y que la parte interesada puede hacerlo válidamente en el domicilio ordinario, sin que el notificado pueda alegar la nulidad por esa circunstancia.

Esta solución es obvia, puesto que el objeto de la notificación es hacer conocer una providencia judicial o un acto extrajudicial y si se la ha hecho en el domicilio ordinario, no se puede alegar ignorancia.

c) Cumplimiento de la obligación. Aunque la cuestión haya sido puesta en duda, existe hoy acuerdo unánime en el sentido de que el domicilio contractual no implica elegir el lugar de cumplimiento de la obligación, cuya determinación se ajusta a lo dispuesto por los arts. 873 y ss. del Cód. Civ. y Com. Pero en los casos en que estos preceptos establecen que la obligación debe pagarse en el domicilio se alude también al contractual, si lo hubiera.

86. Duración

El domicilio convenido en un contrato subsiste mientras no haya sido enteramente ejecutado el acto para el cual fue elegido. Este principio mantiene todo su vigor, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la celebración del acto, en lo que atañe a la prórroga de la jurisdicción. Pero con respecto a las notificaciones, la jurisprudencia ha declarado que el domicilio especial no debe considerarse subsistente si ha transcurrido un tiempo prolongado desde la celebración del acto. En un caso se estimó suficiente el transcurso de cinco años.

Caduca igualmente el domicilio contractual, pero al solo efecto de las notificaciones, si se lo hubiera hecho en una casa que más tarde se demolió; o cuando el que lo constituyó ha sido desalojado por o con conocimiento de quien pretende hacerlo valer; o si este ha entrado en posesión del inmueble; o si ha mediado expropiación. En cambio, en todos estos casos subsiste la jurisdicción correspondiente a ese lugar.

Finalmente, caduca el domicilio especial en caso de existencia de un juicio universal que atraiga la acción derivada del contrato en que se lo constituyó.

87. Cambio

En principio, el domicilio contractual es inmutable; se lo presume hecho en interés de las partes y, por consiguiente, solo puede cambiarse por mutuo acuerdo.

Excepcionalmente, puede ser cambiado por voluntad unilateral cuando se trate de constituirlo en otro lugar que esté también dentro de la misma jurisdicción porque, en tal caso, el cambio no causa perjuicio alguno a la contraparte. Pero esta debe ser notificada debidamente de ese cambio.

Si el domicilio hubiera sido constituido en favor de una de las partes lo que tendrá que probarse, pues tratándose de una cláusula contractual se lo presume de interés para ambas esta podrá renunciarlo y demandar a la otra ante la jurisdicción de su domicilio ordinario. En lo que atañe a las notificaciones, hemos dicho ya que siempre pueden hacerse en el domicilio general u ordinario.

B.— Domicilio AD LITEM

88. Concepto y remisión

Toda persona que litigue está obligada a constituir, en el primer escrito que presente, un domicilio especial a todos los efectos del juicio. A diferencia del domicilio contractual, que las partes pueden o no elegir, este debe ser obligatoriamente constituido por las partes. El lugar queda librado a la elección del litigante, siempre que sea dentro de los límites de la Capital Federal (art. 40, Cód. Proc.).

El efecto fundamental de este domicilio es facilitar la notificación de las providencias que se dictaren en el pleito. Su estudio corresponde al derecho procesal.

C.— Domicilio legal - especial

89. Concepto

A veces es la ley misma la que crea un domicilio, no ya de carácter general, como lo hace el art. 74 del Cód. Civ. y Com., sino tan solo para ciertos actos u obligaciones. Como, por ejemplo, el domicilio creado por la Ley de Defensa Agrícola a los efectos del cumplimiento de la ley (art. 13, ley 4863); el establecido con los mismos fines en la ley 3708, sobre destrucción de la langosta.

IV — Estado y capacidad

§ 1.— Estado

90. Concepto

El estado de las personas es la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad; o, para decirlo con más propiedad, es el conjunto de calidades que configuran la capacidad de una persona y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos.

El estado se puede apreciar desde tres puntos de vista.

a) Con relación a las personas consideradas en sí mismas: se puede ser mayor o menor de edad, hombre o mujer, sano o demente, médico, militar u obrero; en estos casos, la edad, el sexo, la salud mental, la profesión, hacen surgir distintos derechos y obligaciones. En cuanto al sexo, las diferencias son algo del pasado, hoy tanto el hombre como la mujer están en un mismo plano de igualdad. Pero ello no obsta a que existan algunas diferencias entre ambos, sobre todo en el derecho de familia, que derivan de la misma naturaleza del sexo o de la necesidad del desempeño unipersonal de ciertas funciones, pero no de una razón de dependencia o de inferioridad de la mujer.

b) Con relación a la familia: una persona puede ser casada o soltera, viuda o divorciada, padre o hijo de familia, pariente, etc.

c) Con relación a la sociedad en que vive: puede ser nacional o extranjero. En verdad que la generosidad de la legislación patria para con el extranjero ha hecho desaparecer antipáticas diferencias con los nacionales en el campo del derecho civil, diferencias que subsisten en la mayoría de las legislaciones extranjeras. Por excepción, puede señalarse dentro del derecho civil un tratamiento diferencial entre argentinos y extranjeros en los decs. 15.385/1944, art. 4º y 32.530/1948, art. 1º, que declaran de conveniencia nacional que los bienes ubicados en las zonas

de seguridad pertenezcan a los argentinos nativos. Pero hay diferencias en cuanto a los derechos políticos, pues los extranjeros no pueden votar en las elecciones nacionales, ni ser votados. En cambio, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la ley 334 de la CABA, los extranjeros que se han inscripto en el Registro respectivo pueden votar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También por la ley 14.086 de la provincia de Buenos Aires, todos los residentes extranjeros que se hubieran inscripto en el Registro previsto en la ley 11.700 tendrán que votar en forma obligatoria en las elecciones tanto preliminares como en las generales.

91. Elementos del estado

Entendemos por elementos del estado las distintas calidades jurídicas que confluyen a configurarlo y que, en consecuencia, dan origen a derechos y obligaciones. Tales son el sexo, la edad, la salud mental, la profesión, la circunstancia de ser casado, soltero, divorciado, viudo, pariente, nacional o extranjero, etc. Estos elementos constitutivos de estado consisten a veces en simples hechos, ajenos a la voluntad de las personas, tales como el nacimiento, la edad, el sexo; en otras ocasiones, en cambio, se originan en actos realizados voluntariamente: por ejemplo, el matrimonio, la legitimación, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales. De ahí que el estado se modifique a veces voluntaria, y a veces, involuntariamente.

92. Caracteres

El estado de las personas se vincula directamente con los derechos que le corresponden al hombre como tal, como miembro de la familia y como ciudadano. De ahí que en las cuestiones relativas al estado medie un interés de orden público muy directo. De esta circunstancia derivan los siguientes caracteres y particularidades:

a) Es inalienable: el estado no está en el comercio jurídico; no puede negociarse respecto de él, ni se puede transar, ni renunciar al derecho de reclamarlo (art. 1644, Cód. Civ. y Com.). Ello no impide que, en algunos casos, pueda ser modificado por voluntad de la persona, por ejemplo, si contrae matrimonio, si se naturaliza, etc.

b) Es imprescriptible: el transcurso del tiempo no ejerce ninguna influencia sobre él.

93. Posesión de estado

El problema de la posesión de estado se presenta exclusivamente en materia de familia. Poseer un estado, dicen PLANIOL y RIPERT, es gozar de las ventajas anexas al mismo y soportar sus deberes. En otras palabras, es vivir, en la realidad de los hechos, como corresponde al padre, hijo, esposo, pariente.

Según la teoría clásica, para que haya posesión de estado deben hallarse reunidos los tres elementos siguientes: *nomen, tractatus* y *fama*. El *nomen* es el uso del apellido familiar; *tractatus* es el trato público como hijo, esposo, etc.; y *fama* es ser considerado tal por la familia o la sociedad. En la doctrina y jurisprudencia modernas se ha prescindido de la exigencia formal de estos tres elementos; en verdad que reunidos los tres configuran de una manera más precisa la posesión de estado; pero no es necesario que lo estén. El más importante de todos es indudablemente el trato; así, por ejemplo, se ha decidido que basta con acreditar que padre e hijo extramatrimonial se daban recíprocamente ese tratamiento para que deba admitirse el hecho de la posesión, aunque el hijo no llevara el apellido paterno y aunque no hubiere trascendido públicamente la filiación; pero tratándose de una filiación legítima, la exigencia del *nomen* es inexcusable, pues no se puede pretender que se goza del estado de tal, si no se lleva el apellido paterno.

El estudio de estas cuestiones corresponde al derecho de familia.

§ 2.— Prueba del Estado: El Registro Civil

94. Origen histórico

El origen del Registro Civil no ha de buscarse más allá de la última etapa de la Edad Media, y se debe a la Iglesia Católica.

Es verdad que en Grecia y Roma hubo registro de personas. Pero no era ciertamente propósito de quienes lo crearon precisar el estado de aquellas, sino agruparlas en categorías para facilitar el censo, con fines económicos y militares. Tal es el carácter que debe reconocerse a la obligación impuesta por Servio Tulio de dar cuenta de los nacimientos y defunciones. Posteriormente, Marco Aurelio ordenó denunciar el nacimiento dentro de los treinta días de ocurrido, ante el Prefecto del Erario de Roma, y ante los *tabularii* en provincias. De todos modos, estas constancias no hacían plena fe y podían destruirse por simple prueba testimonial, lo que pone de manifiesto su escasa importancia.

Siglos después, la Iglesia Católica retomó la idea, encomendando a los párrocos el asiento de los actos más importantes de la vida de sus feligreses, tales como el nacimiento, el matrimonio y la muerte. Las actas más antiguas de que se tiene noticia se remontan a 1478. El propósito originario fue el de que quedara constancia fehaciente de hechos o actos que para la religión católica tienen importancia fundamental. Así, en las actas de bautismo, no solo quedaba acreditado el nacimiento de un nuevo feligrés, sino también quiénes eran sus padrinos, los que contraían por ese acto la grave obligación de sustituir eventualmente a los padres, en caso de ser necesario; los asientos de los matrimonios facilitaban la prueba del acto, impedían la confusión con uniones no sacramentadas y

hacían más difícil la bigamia; finalmente, el de las defunciones permitía borrar del registro de los fieles al fallecido y establecer los pormenores de su sepultura canónica.

Las ventajas de estos registros resultaron tan evidentes, que las autoridades civiles los aprovecharon, haciendo fe en los asientos de los libros parroquiales. El Concilio de Trento, convocado a raíz de la Reforma, decidió reglamentar los Registros, ordenando a los párrocos llevar un libro de bautismos y otro de matrimonios, a los que la costumbre añadió el de las defunciones.

Hemos mencionado la Reforma. Quebrada con ella la unidad del mundo cristiano, los protestantes se vieron ante un serio problema, pues, lógicamente se resistieron a acudir ante el sacerdote católico. De ahí la incertidumbre y falta de prueba sobre el estado de numerosísimas personas. Tal dificultad debía subsanarse. Además, el Estado moderno precisaba comprobar por sí mismo lo relativo a la condición de sus súbditos. El matrimonio laico, el divorcio, la adopción, requerían registros separados pues la Iglesia no los admitía. Finalmente, era menester que los funcionarios que llevaran los registros fueran directamente responsables ante el poder público de la forma de hacerlo. La secularización se impuso como una verdadera necesidad. Francia la realizó en 1791, después de la Revolución. España lo hizo luego de establecer la libertad de cultos en la Constitución de 1869.

95. Antecedentes nacionales y régimen actual

Nuestro país siguió la tradición española y el estado de las personas se probó con los registros parroquiales. Pero ya el Cód. Civil, hoy derogado, no obstante reconocer valor probatorio a esos asientos (arts. 80 y 179), preveía la secularización de los Registros y su organización por las Municipalidades. Sin embargo, es indudable que ello hubiera traído un verdadero caos; y, considerándolo así, la Ley de Matrimonio Civil encomendó la creación de los Registros a las Legislaturas provinciales, que dictaron sucesivas leyes tomadas generalmente de la nacional 1565. En efecto, ya antes de la Ley de Matrimonio Civil, el Congreso había creado el Registro Civil para la Capital y Territorios (ley 1565, de 1884), que comenzó a funcionar en 1886.

En el año 1963 se dictó el dec.-ley 8204 por el cual se dio carácter nacional a la organización del Registro Civil. Es una plausible reforma que permitió la unificación de las normas sobre los asientos y de la forma en que deben llevarse los libros y constancias de las inscripciones. La organización administrativa de las oficinas de registros civiles, designación y remoción de su personal, se dejó en manos de los gobiernos provinciales (art. 2º).

Finalmente en el año 2008 se sancionó la ley 26.413 que puso al día todo lo relativo a la Organización del Registro Civil y de Capacidad de las Personas.

La organización del Registro Civil está completada con la del Registro Nacional de las Personas, creado por la ley 13.482, cuyo objeto fundamental es anotar y certificar la identidad de todas las personas de existencia visible que tengan su domicilio en el país, con excepción del cuerpo diplomático extranjero. Debe registrar todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y capacidad de las personas (art. 1º) y expedirá los testimonios, copias, certificados, libretas de familia. Los registros locales deben enviar al Registro Nacional de las Personas una ficha con todas las constancias de cada uno de los asientos que se inscriban en ellos.

96. Importancia

Resulta obvio destacar la importancia del Registro Civil. Todos los hechos fundamentales de la vida de los ciudadanos se anotan allí y los asientos proporcionan una prueba indudable de ellos: el nacimiento, que determina la filiación, con todos sus deberes y derechos; la adopción, la legitimación y reconocimiento de paternidad; el matrimonio, base de la familia, y la separación de cuerpos; en fin, la defunción.

97. Organización del Registro: libros que deben llevarse

La ley 26.413 prevé que deben llevarse los siguientes libros: de nacimientos, reconocimientos, adopciones, matrimonios, matrimonios a distancia, defunciones e incapacidades. Además de estos libros indispensables, los Registros locales podrán habilitar otros, por resolución administrativa, si la captación de otros aspectos de los hechos vitales la hiciera necesaria.

Los asientos se llevarán en un libro, del cual se sacará copia, ya sea en microfilm, ficha individual u otro sistema similar. Tanto el original como la copia así obtenida tendrán carácter de documento público, como así también las fotocopias o partidas que se expidan sobre la base de dichos asientos originales o sus copias, siempre que sean autenticadas por la autoridad competente (art. 5º).

Si el ejemplar original o la copia resultaren extraviados o destruidos total o parcialmente, la Dirección del Registro dispondrá de inmediato que se saque copia del ejemplar que quede. Si resultaren perdidos o destruidos los dos ejemplares, se dará inmediatamente cuenta al juez competente, sin perjuicio de lo cual dispondrá todas las medidas tendientes a la reconstrucción de las inscripciones destruidas o extraviadas, utilizando para ello las pruebas que constaren registradas en reparticiones públicas o privadas (art. 8º, ley 26.413).

98. Su naturaleza

Se llaman partidas los asientos de los libros del Registro Civil y las copias sacadas de ellos con las formalidades de la ley. Estos documentos tienen ambos el carácter de instrumentos públicos (art. 289, inc. c] Cód. Civ. y Com. y art. 5º, ley 26.413).

Por su parte el art. 23 de la ley 26.413 establece que "los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la dirección general y/o sus dependencias que correspondan a inscripciones registradas en sus libros o en las copias a que se refiere el art. 5º y que lleven la firma del oficial público y sello de la oficina respectiva, son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido en los términos prescritos por el Cód. Civil. Esta documentación no podrá retenerse por autoridad judicial o administrativa ni por entidades o personas privadas debiendo limitarse a tomar constancias o certificar, por cualquier medio fehaciente, el contenido de los mismos, a los efectos a que hubiere lugar. La única excepción a esta disposición, será la referida al acto de identificación, en que el acta de nacimiento podrá ser retenida por el Registro Nacional de las Personas para acreditar la matrícula individual de la persona identificada".

Si respecto de ellas esta conclusión es clara, no tan fácil resulta el problema en lo que atañe a las actas parroquiales, ¿tienen también carácter de instrumentos públicos? El art. 979, inc. 10, del Cód. Civil derogado disponía que eran tales los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales y las copias sacadas de esos asientos, regla que se justifica plenamente, pues en aquella época no estaban organizados aún los Registros Civiles. Es obvio, por lo demás, que aunque la ley se refiere solamente a los asientos de los matrimonios, es aplicable también a los nacimientos y a las defunciones, pues no habría ninguna razón para no reconocerles los mismos efectos legales. Hoy el nuevo Cód. Civ. y Com. no hace referencia alguna a las partidas parroquiales, sin embargo, creemos que únicamente pueden considerarse instrumentos públicos los asientos parroquiales anteriores a la creación del Registro Civil, pues desde que este se halla en manos del Estado, solo sus asientos pueden ser fehacientes. Lo contrario importaría una verdadera anomalía y daría lugar a posibles contradicciones entre dos documentos que tendrían el mismo valor probatorio.

99. Requisitos

Las partidas del Registro Civil deben llenar los siguientes requisitos legales:

1º) Deben asentarse en los libros de Registro, en idioma castellano, sin dejar blancos, unas después de otras y numeradas.

2º) Deben expresar la fecha en que se extienden, el nombre, número de documento de identidad, edad, estado y domicilio de todas las personas que en ellas intervienen.

3º) La partida será leída a los interesados, dejando constancia de ello; luego será firmada por los interesados y por los funcionarios del Registro Civil; si alguno de los comparecientes no supiere firmar, podrá hacerlo otra persona a su nombre, dejándose debida constancia.

100. Valor probatorio de las partidas

Las partidas originales y sus copias o certificados son instrumentos públicos (art. 289) y tienen, por consiguiente, el valor probatorio de tales (v. nros. 669 y ss.). Por su parte, la ley 26.413 ha reconocido carácter de instrumento público también a la libreta de familia.

Como ocurre con todo instrumento público, es imprescindible distinguir entre dos enunciaciones diferentes:

a) Aquellos que se refieren a hechos ocurridos en presencia del encargado del Registro Civil, o cumplidos por él, que hacen fe hasta que se demuestre lo contrario por querella de falsedad (art. 296, Cód. Civ. y Com.). Tal ocurriría con la manifestación de que concurrió el denunciante y los testigos, que denunciaron tal hecho, que el jefe comprobó personalmente el nacimiento o la defunción.

La querella de falsedad será necesaria, desde luego, cuando lo que se impugne sea el asiento original; pero si solo se atacara la copia, bastará una simple confrontación con el original para demostrar su falsedad o el error de transcripción.

b) En cambio las manifestaciones hechas por las partes pueden ser destruidas por simple prueba en contrario, pues al oficial público no le consta su veracidad. Así, por ejemplo, se ha decidido que la manifestación hecha por el denunciante atribuyéndole el carácter de hijo matrimonial al recién nacido, no basta para acreditar tal filiación si no se prueba el matrimonio de los padres; que por simple prueba en contrario, puede demostrarse que la causa de muerte indicada en el certificado médico no es verdadera, ni lo es tampoco la afirmación relativa a si existe o no testamento, etc.

101. Prueba de edad, sexo y nombre

La edad, el sexo y el nombre se prueban por la partida de nacimiento (arts. 96 y ss., Cód. Civ. y Com.). Las otras partidas, sean de matrimonio, defunción, reconocimiento de filiación, etc., solo pueden servir a este respecto como prueba supletoria; pero la auténtica es aquella. Por

consiguiente, en caso de diferencia entre las distintas partidas, debe estarse a las constancias de la de nacimiento.

En cuanto a la filiación, también se prueba por ella (art. 96, Cód. Civ. y Com.), pero en este caso tienen igual valor la de reconocimiento de paternidad o maternidad y la transcripción en el Registro de las sentencias relativas al estado.

102. Nulidad de las partidas

Es criterio admitido sin discrepancias que la nulidad de las partidas debe juzgarse con benevolencia, pues se trata de instrumentos destinados a comprobar algo tan importante como el estado de las personas; además, la irregularidad de los asientos se debe casi siempre a culpa del encargado del Registro y sería injusto sancionar a las partes interesadas por hechos que no les son imputables.

Es necesario, ante todo, no confundir la nulidad del instrumento con la del acto mismo. La invalidez de los asientos no anula el matrimonio, que puede probarse por otros medios (art. 423); ni la adopción, puesto que los efectos de la sentencia judicial no pueden estar sujetos a la regularidad con que se hagan las anotaciones en el Registro; ni mucho menos, puede hacer desaparecer el hecho del nacimiento o la defunción.

Hay causa de nulidad en los siguientes casos:

a) Si existe contradicción entre los asientos del Registro y la realidad misma; tal sería el caso de la partida de defunción de una persona viva.

b) Si falta la firma del encargado del Registro, de las partes o de los testigos, pues de lo contrario, no habrá prueba de la comparecencia de aquellos, ni de que el oficial público ha autorizado el acto.

c) Si la partida ha sido extendida por quien no está encargado del Registro, bien porque no ha sido legalmente designado, bien porque ya se lo ha notificado de su suspensión, destitución o reemplazo (art. 292, Cód. Civ. y Com.); pero no afectaría la validez de los asientos la falta en el oficial de las condiciones requeridas para el cargo (art. 292, Cód. Civ. y Com.).

d) Si el encargado del Registro actuó fuera de su jurisdicción (art. 290, Cód. Civ. y Com.), salvo que por error común, el lugar fuere generalmente tenido por perteneciente a ella (art. 290).

e) Si el oficial público interviniente, su cónyuge, su conviviente o pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo por afinidad sean personalmente interesados (art. 291).

103. Rectificación de partidas

Con relativa frecuencia resulta indispensable proceder a la rectificación de los asientos de los registros, ya porque en ellos se han deslizado

errores materiales o declaraciones falsas (sean o no intencionales), o porque el interesado ha cambiado o adicionado su nombre.

La importancia que tienen todos los problemas relativos al estado de las personas hace indispensable rodear de las mayores garantías de seriedad todo lo referente a la modificación o rectificación de las partidas; de ahí que la ley solo lo permite en virtud de sentencia judicial. Por excepción, la ley autoriza la rectificación por el Registro en ciertos casos simples, como, por ejemplo, para adicionar el apellido de la madre a los hijos legítimos, para imponer al hijo extramatrimonial el apellido del padre o la madre que lo reconociera después de la inscripción.

El procedimiento establecido en la ley 26.413 para la rectificación de las partidas del Registro Civil es también aplicable a las actas parroquiales anteriores a la vigencia de aquella ley, quedando a salvo los efectos puramente eclesiásticos de una rectificación hecha sin guardar aquellos requisitos.

B.— Prueba supletoria

104. Casos en que procede

Si bien las partidas son la prueba por excelencia del estado civil de las personas, puede ocurrir que no haya registros o que no constare en ellos el asiento o, finalmente, que los asientos no estén llevados en debida forma. En tales casos, será necesario acudir a otros medios de prueba (arts. 98 y 99, Cód. Civ. y Com.), pues el estado no puede quedar sin comprobación.

Pero para que proceda la prueba supletoria, es menester demostrar previamente que se ha dado alguna de aquellas hipótesis, es decir, que existe imposibilidad de presentar la partida.

Puede presentarse también la hipótesis de que el peticionante ignore totalmente el lugar y fecha de su nacimiento. Siendo así, y apareciendo el hecho como verosímil, debe dispensárselo de toda demostración, pues lo contrario importaría obligarlo a una prueba imposible: la de su desconocimiento.

105. Medios de prueba

En principio no existe ninguna limitación legal acerca de los medios procedentes para demostrar el estado de una persona en caso de pérdida o destrucción de los registros o falta de asientos.

La prueba más importante es la documental y, muy particularmente, las actas parroquiales; naturalmente, nos referimos a las actas posteriores a la vigencia de la Ley de Registro Civil, pues las anteriores tienen el mismo valor legal que las emanadas del oficial público; tienen asimismo valor el pasaporte del extranjero, los llamados papeles de familia. Es

frecuentísimo el uso de la prueba testimonial y aun puede admitirse la de simples presunciones, con tal de que sean claras y precisas, y se hallen robustecidas por otros medios.

C.— Disposiciones especiales

106. Normas especiales sobre las distintas clases de partidas

La ley 26.413 establece las siguientes reglas para las distintas clases de asientos o partidas.

a) De nacimiento. Las partidas o asientos deben expresar: 1) el nombre, apellido y sexo del nacido; 2) el lugar, hora, día, mes y año en que haya ocurrido el nacimiento; 3) el nombre y apellido del padre y de la madre o, en caso de hijos de matrimonios de personas del mismo sexo el nombre y apellido de la madre y su cónyuge y número de los respectivos documentos de identidad. Si los padres carecieren de documentos se dejará constancia de la edad y nacionalidad, lo que deberá acreditarse con la declaración de dos testigos de conocimiento debidamente individualizados, los que deberán suscribir el acta (art. 36). Si se tratare de hijos extramatrimoniales, no se hará mención del padre ni de la madre, a no ser que ellos lo reconocieren ante el oficial público (art. 38).

Deben inscribirse en los libros de nacimiento: 1) Todos los que ocurran en el territorio de la Nación, cualquiera que sea el domicilio de los padres. Dicha inscripción deberá asentarse ante el oficial público que corresponda al lugar de nacimiento; 2) Aquellos cuyo registro sea ordenado por juez competente; 3) Los que ocurran en buques o aeronaves de bandera argentina o lugares bajo jurisdicción nacional. 4) Las nuevas inscripciones dispuestas como consecuencia de una adopción plena. 5) Los reconocimientos. Pueden asentarse también las inscripciones de documentos pertenecientes a otra jurisdicción, dejando constancia de los datos esenciales que ellos contengan (art. 74).

Esta disposición tiende a facilitar la conservación de documentos relativos al estado civil, evitando el peligro de pérdida o destrucción.

La denuncia e inscripción de los nacimientos deberá hacerse dentro del plazo máximo de cuarenta días corridos contados a partir del día de nacimiento (art. 28). Vencido este plazo, se inscribirá de oficio dentro del plazo máximo de veinte días corridos.

Transcurrido este último término, la inscripción solo podrá hacerse por resolución judicial, pero para que los jueces puedan hacerlo, se deberán cumplimentar determinados recaudos: a) certificado negativo de inscripción de nacimiento emitido por el registro civil del lugar de nacimiento; b) certificado expedido por médico oficial en el que se determine la edad y la fecha presunta de nacimiento; c) informe del

Registro Nacional de las Personas, en su caso, donde conste si la persona cuyo nacimiento se pretende inscribir está o no identificada, matriculada o enrolada; determinándose mediante qué instrumento se justificó su nacimiento; d) declaración bajo juramento de dos (2) testigos respecto del lugar y fecha de nacimiento y el nombre y apellido con que la persona es conocida públicamente y e) otras pruebas que se crea conveniente exigir en cada caso (art. 29 de la ley 26.413).

Cabría la posibilidad de inscribir un nacimiento hasta dentro del año del nacimiento cuando existan causas justificadas fehacientemente.

Están obligados a solicitar la inscripción del nacimiento: 1) el padre o la madre y, a falta de ellos, el pariente más cercano de la madre o cónyuge en primer grado ascendente o colateral; 2) los administradores de hospitales, hospicios, cárceles u otros establecimientos análogos, públicos o privados, respecto de los nacimientos ocurridos en ellos, siempre que no lo hicieren las personas indicadas en el art. 30; 3) el Ministerio Público de Menores en el caso de un recién nacido que hubiere sido expuesto; 4) la autoridad encargada de llevar el registro de hechos acaecidos a bordo (art. 30).

Conforme la ley 24.540 todo niño nacido vivo o muerto y su madre deben ser identificados por el profesional médico que interviene en el parto. En el caso del niño recién nacido la identificación deberá hacerse antes del corte del cordón umbilical. La identificación en ese acto deberá hacerse siempre y cuando no importare riesgo para la integridad psicofísica de la madre o del niño.

Dicha identificación debe hacerse en una ficha única, numerada por el Registro Nacional de la Personas, en tres ejemplares en la que se consignan los datos personales de la madre (nombre, apellido, número y tipo de documento de identidad, como así también la impresión dactilar), del recién nacido (nombre con que se lo inscribirá, sexo, calcos papilares palmares y plantares derechos y si ha nacido con vida), el nombre, apellido y firma del identificador interviniente, del profesional que asistió al parto, la fecha, lugar y hora en que este se produjo y se confeccionó la ficha, los calcos tomados al egreso del establecimiento y por último los datos que identifiquen al establecimiento asistencial (art. 6º).

Estas fichas tienen como destino: a) al establecimiento asistencial; b) a la familia del recién nacido y c) al Registro Nacional de las Personas (art. 13).

b) De reconocimiento de hijos. El reconocimiento de hijo se registrará en un libro especial (art. 41).

c) De adopción. En las adopciones simples, como en sus anulaciones o revocaciones se transcribirá la parte dispositiva de la sentencia, lugar,

fecha y juzgado interviniente, como así también la carátula del expediente en la anotación marginal que debe hacerse en la partida de nacimiento del adoptado (art. 47).

En los casos de adopciones plenas se deberá inmovilizar mediante anotación marginal la partida de nacimiento original y se deberá hacer una nueva inscripción de nacimiento en los libros de nacimiento con todos los recaudos que tiene la inscripción de un nacimiento (art. 48).

d) De matrimonio. Las partidas deben expresar: 1) la fecha en que el acto tiene lugar; 2) el nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tuvieren, nacionalidad, profesión, domicilio y lugar de nacimiento de los comparecientes; 3) el nombre y apellido, número de documento de identidad, nacionalidad, profesión y domicilio de sus respectivos padres, si fueren conocidos; 4) el nombre y apellido del cónyuge anterior, cuando alguno de los cónyuges haya estado ya casado; 5) el asentimiento de los padres o tutores, o el supletorio del juez en los casos en que es requerido; 6) la mención de si hubo oposición y su rechazo; 7) la declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y la hecha por el oficial público de que quedan unidos en nombre de la ley; 8) el nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tuvieren, estado de familia, profesión y domicilio de los testigos del acto; 9) declaración de los contrayentes si han celebrado o no convenciones matrimoniales y en su caso fecha y en que registro notarial se realizó; 10) declaración de los contrayentes respecto a si han optado por el régimen de separación de bienes; y 11) documento en el cual consta el consentimiento del contrayente ausente si el matrimonio es a distancia (art. 420, Cód. Civ. y Com.). El acta de matrimonio será redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervinieren en él o por otros a ruego de los que no pudieren o no supieren hacerlo (art. 420, Cód. Civ. y Com.).

e) De defunciones. La inscripción deberá contener en lo posible: 1) nombre, apellido, sexo, nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y número de documento de identidad del fallecido; 2) lugar, hora, día, mes y año en que hubiere ocurrido la defunción; 3) nombre y apellido de los padres; 4) lugar y fecha de nacimiento y 5) nombre y apellido y número de matrícula del profesional que extendió el certificado de defunción (art. 63, ley 26.413). La ley dice que se asentarán en lo posible todos estos datos, pues muy bien puede ocurrir que el denunciante los ignore.

Deben inscribirse en el libro de defunciones: 1) las que ocurran en el territorio de la Nación; 2) aquellas cuyo registro sea ordenado por juez competente; 3) las sentencias sobre ausencia con presunción de fallecimiento; 4) las sentencias que declaren la desaparición forzada de personas; 5) las que ocurran en buques o aeronaves de bandera

argentina; y 6) las que ocurran en lugares bajo jurisdicción nacional (art. 59, ley 26.413).

Están obligados a hacer la denuncia del fallecimiento: 1) el cónyuge del difunto, los descendientes, ascendientes, parientes y, en defecto de ellos, toda persona que hubiere visto el cadáver o en cuyo domicilio hubiere ocurrido la defunción; 2) los administradores de hospitales, cárceles, o cualquier otro establecimiento público o privado, respecto de las defunciones ocurridas en ellos; 3) la autoridad encargada de llevar el registro de los hechos ocurridos a bordo (art. 61, ley 26.413).

El facultativo que hubiere atendido al difunto en su última enfermedad deberá examinar el cadáver y extender el certificado de defunción. A falta de este, se deberá extender el certificado de defunción por otro médico o agente sanitario habilitado al efecto y que en forma personal hubiere verificado la defunción y sus causas y el de la obstétrica en el caso de una defunción fetal.

El certificado médico de defunción deberá ser extendido de puño y letra, firmado y sellado por el profesional interviniente, con indicación del establecimiento público o privado donde ocurrió el fallecimiento, si correspondiere (art. 64, ley 26.413).

§ 3.— Capacidad

107. Concepto

Capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y deberes jurídicos.

Es fácil advertir la estrechísima relación que existe entre estado y capacidad, puesto que el estado es la base sobre la que descansa la capacidad: de aquel dependen los derechos y obligaciones de una persona. El estado es, pues, la estática, y la capacidad, la dinámica de un mismo problema: los derechos y deberes jurídicos de las personas.

La capacidad puede referirse al goce de los derechos o a su ejercicio; en el primer caso, se trata de capacidad de derecho; en el segundo, de capacidad de hecho o de ejercicio.

A.— Capacidad de derecho

108. Concepto y distintos casos

La capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de derechos y deberes. Esta aptitud se vincula muy directamente con la misma personalidad humana; por eso, todas las personas son, en principio, capaces de derecho. Más aún; no podría concebirse una incapacidad de derecho absoluta, es decir, que comprendiera todos los derechos y obligaciones, porque ello sería contrario al derecho natural; como ejemplo

de incapacidades de derecho absolutas, pueden recordarse la esclavitud y la muerte civil, por fortuna ya desaparecidas, por lo menos en los países de civilización avanzada.

Pero, en cambio, existen incapacidades de derecho relativas, es decir, referidas a ciertos derechos en particular. Puede ocurrir, en efecto, que ciertos derechos perfectamente lícitos y útiles en general sean inmorales, perniciosos o contrarios a algún interés superior cuando son ejercidos por determinadas personas y en casos especiales. Así, por ejemplo, las personas tienen derecho a contratar; pero si de ese derecho se pretendiera valer el padre para celebrar convenios con el hijo que está bajo su responsabilidad parental, podría prestarse a abusos de su parte y haría nacer un conflicto de intereses contrario a la relación de familia que existe entre ambos. Entonces interviene la ley y prohíbe la realización de tales actos, creando una incapacidad de derecho.

Algunos ejemplos de incapacidades de derecho establecidas en el Cód. Civ. y Com. son los siguientes: los padres no pueden comprar los bienes de los hijos que están bajo su responsabilidad parental, ni los tutores o curadores los bienes de sus pupilos o curados, ni los albaceas los bienes de la testamentaría en que han sido nombrados; los mandatarios no pueden comprar los bienes cuya venta les ha sido encargada por su mandante; los empleados públicos no pueden adquirir los bienes del Estado de cuya administración o venta estuvieren encargados; los jueces, abogados, fiscales, defensores, procuradores, escribanos y tasadores no pueden adquirir los bienes que estuviesen en litigio ante el tribunal en que actúan (art. 1002); los padres no pueden contratar con sus hijos menores (art. 689); el art. 120 prevé los actos que le son prohibidos al tutor; como así también los padres, tutores y curadores no pueden hacer transacciones respecto de las cuentas de su gestión, ni aunque contaren con autorización judicial; son también incapaces de suceder por testamento los tutores y curadores respecto de sus pupilos, al igual que el escribano y los testigos ante quienes se haya otorgado el testamento; los ministros de cualquier culto y los líderes o conductores espirituales que hayan asistido al causante en su última enfermedad art. 2482.

109. Caracteres de las incapacidades de derecho

De la circunstancia de que la capacidad de derecho se vincula tan directamente con los derechos inherentes al hombre como tal, se desprenden los siguientes caracteres de estas incapacidades.

a) Son excepcionales. La regla no puede ser sino la capacidad; solo por excepción la ley establece ciertas incapacidades de derecho, en forma de prohibiciones de realizar actos determinados. Esas prohibiciones suelen ser muy precisas y concretas; excepcionalmente tienen un carácter más

o menos general (sin ser jamás absolutas), como ocurre en el caso de los religiosos profesos y las personas por nacer.

b) Obedecen siempre a una causa grave. Solo por un motivo muy serio puede privarse a las personas de su capacidad de derecho; es necesario que medie siempre un interés superior o una razón de moral y buenas costumbres. De ahí que, en principio, las incapacidades de derecho sean de orden público; como consecuencia de ello, la realización de un acto por un incapaz de derecho da origen a una nulidad absoluta y, por lo tanto, no susceptible de confirmación. Pero esta no es una regla absoluta, porque a veces dichas incapacidades obedecen a la protección de intereses puramente privados y, por consiguiente, la nulidad derivada del acto puede confirmarse. Tal, por ejemplo, el caso del mandatario que compra bienes que su mandante le encargó vender; como esta incapacidad ha sido creada en protección del mandante, este puede, si le interesa, confirmar el acto, pues la nulidad es simplemente relativa.

110. Incapacidades para contratar

Según el art. 1001, del Cód. Civ. y Com., no pueden contratar en interés propio o ajeno, los que están impedidos de hacerlo conforme disposiciones especiales. Tampoco podrán hacerlo por medio de interpósita persona.

Tampoco pueden contratar los incapaces de ejercicio, esto es, la persona por nacer, la que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y la declarada incapaz por sentencia judicial, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos (por ejemplo, la prohibición de enajenar un bien durante cierto tiempo), ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordato con sus acreedores.

Como puede apreciarse, algunas de estas incapacidades son de hecho y otras de derecho. En cuanto a las primeras, la prohibición es que contraten por sí; pero, desde luego, sus representantes legales pueden hacerlo a su nombre. En cambio, en las incapacidades de derecho la prohibición legal es absoluta y nadie podría contratar por los incapaces.

B.— Capacidad de hecho o de ejercicio

111. Concepto

La capacidad de hecho o de ejercicio es la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones. Mientras que la capacidad de derecho se refiere al goce, esta se vincula con el ejercicio de los derechos.

Ocurre a veces que la ley priva al titular de un derecho, del poder o facultad de ejercerlo por sí mismo. Esta privación se funda en la insuficiencia mental de algunas personas para realizar ciertos actos

(menores que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente y los declarados incapaces); o bien en la carencia de libertad que traba la libre y eficaz actuación (condenados) o para proteger al interesado y su familia del peligro de una dilapidación irrazonable de sus bienes, se instituye la figura del inhabilitado por prodigalidad, pero este no es ni incapaz, ni tiene su capacidad restringida, sino que el pródigo se encuentra limitado en la realización de actos de disposición para lo cual debe requerir la asistencia de su apoyo. El fundamento de los inhabilitados no descansa en una afectación mental, sino en la necesidad de proteger a la familia, evitando que quien tiene obligaciones alimentarias dilapide sus bienes incumpliendo esta obligación.

En todos estos casos, los actos para los cuales la ley declara incapaz a una persona, solo pueden ser realizados por intermedio de sus representantes legales. Esto da lugar a una diferencia fundamental con las incapacidades de derecho, puesto que en este caso el acto no se puede realizar ni por sí mismo, ni por intermedio de representante legal o convencional.

Es fácil advertir que estas incapacidades de hecho han sido establecidas en interés mismo del incapaz o de su familia: la ley ha procedido con un criterio tutelar. Las de derecho, en cambio, se inspiran por lo general en una razón de orden público, de moral y buenas costumbres; solo por excepción tienden únicamente a la protección de intereses privados.

112. Supresión de la clasificación de incapacidades absolutas y relativas

Nuestro Cód. Civil distinguía, en los arts. 54 y 55, dos categorías distintas de incapacidades de hecho: la absoluta y la relativa. Los incapaces absolutos serían aquellos que no pueden ejercer por sí ningún acto; relativos, los que solo son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos (art. 55).

Esta distinción, que había sido tomada de FREITAS (*Esboço*, arts. 41 y ss.), era falsa y carecía de todo significado en nuestro derecho.

En primer lugar, era falsa, porque no es exacto que los incapaces absolutos enumerados en el viejo art. 54, lo fueran para todos los actos de la vida civil.

Y prueba de esto es que los menores impúberes podían tomar posesión de las cosas desde los diez años; si eran mujeres, podían casarse aun antes de los catorce años, si se encontraban embarazadas; los dementes podían testar en intervalos lúcidos; los sordomudos que no sabían darse a entender por escrito podían casarse si podían expresar su voluntad de modo inequívoco (art. 166, inc. 9º). Además, todos esos incapaces podían

realizar a diario "pequeños" contratos de la vida cotidiana: utilizan los medios de transporte y pagan el pasaje, adquieren entradas para los cinematógrafos y otros espectáculos públicos, compran mercaderías con dinero al contado. Y aunque cada uno de estos contratos es en sí poco valioso, desde el punto de vista económico, en su conjunto son importantísimos. Ninguna ley autorizaba a los incapaces absolutos a realizarlos, pero así lo aceptaba la costumbre jurídica y lo imponían por otra parte las necesidades de la vida: esos contratos eran perfectamente válidos. Solo las personas por nacer, dentro de las enumeradas en el art. 54, eran incapaces de hecho absolutos.

Tampoco era exacto que los incapaces relativos lo fueran solo respecto de ciertos actos, como decía el art. 55, lo que parecería indicar que la regla era la capacidad.

Por el contrario, los menores adultos solo podían realizar aquellos actos para los cuales estaban expresamente autorizados, pues la regla era la incapacidad (arts. 126 y ss., Cód. Civ.).

El "modo de ejercer" los actos a que aludía el art. 55 tampoco establecía ninguna diferencia entre los incapaces absolutos y relativos, pues ese modo consiste, en ambos casos, en ejercerlos por medio de los representantes legales.

La ley 17.711 no solo derogó el inc. 5º del art. 54 (que enumeraba a los ausentes declarados tales en juicio entre los incapaces absolutos), sino que modificó totalmente el texto de dicho artículo, el que quedó redactado de la siguiente forma: "Los menores adultos solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar".

La reforma era un gran avance y clarificaba la norma, por cuanto: a) eliminaba a las mujeres casadas de la enumeración de los incapaces, puesto que ya gozaban de plena capacidad; b) disponía claramente que la regla respecto de los menores adultos es la incapacidad y que solo pueden realizar los actos para los cuales sean expresamente autorizados por la ley.

El nuevo Cód. Civ. y Com. clarifica aún más el tema, no solo porque enuncia taxativamente quienes lo son, sino porque además en el caso de las personas que no cuentan con la edad y madurez suficiente, hace un distingo entre quienes tienen menos de trece años, entre quienes ya los han alcanzado y no han cumplido los 16 y entre los que alcanzaron esta edad hasta los 18 años, dándoles a estos una muy importante libertad de decisión, al extremo que el menor adolescente, que ha cumplido 16 años, decide con total libertad sobre su propio cuerpo.

113. Enumeración legal de los incapaces de ejercicio

En el art. 24 se enumeran los siguientes incapaces de ejercicio: 1º las personas por nacer; 2º las personas que no cuentan con la edad y madurez suficiente; 3º la persona declarada incapaz por sentencia judicial en la extensión dispuesta en la sentencia.

114. Capacidad y legitimación

Capacidad es, como se ha explicado, una aptitud general para ser titular de derechos y deberes jurídicos; así, toda persona mayor de edad no declarada incapaz ni inhabilitada, es capaz de comprar, vender, donar, celebrar contratos de sociedad, de trabajo, etc. Legitimación es un concepto vecino pero más circunscripto: es el poder de ejercer determinados y concretos derechos y obligaciones. Así, por ejemplo, el único legitimado para vender un departamento, es su propietario.

Yo puedo tener capacidad para vender, pero si no soy el propietario de un determinado bien, no puedo venderlo, es decir, no tengo legitimación para hacerlo.

C.— Protección y representación de los incapaces

1.— La representación legal de los incapaces

115. Organización legal

En el art. 101, el Cód. Civ. y Com. organiza la representación legal de los incapaces de ejercicio. El sistema de la ley se ha estructurado con un espíritu tuitivo, puesto que estas incapacidades tienen por objeto proteger a los interdictos.

En el art. 101 se establece quienes son los representantes de los incapaces.

1º) De las personas por nacer, sus padres y, a falta o incapacidad de estos, los tutores o curadores que se les nombre. Si el padre ha muerto o es desconocido, o ha sido declarado incapaz, y también lo ha sido la madre, la representación la ejerce el curador que se nombre a la persona por nacer.

2º) De los menores no emancipados, sus padres y a falta de estos, sus tutores. Es decir, que la representación de los menores es ejercida en primer término por sus padres; solo a falta o incapacidad de ellos es ejercida por el tutor que se les designe.

3º) De las personas con capacidad restringida el o los apoyos designados cuando tengan representación por sentencia.

Podría ocurrir, sin embargo, que los intereses de los incapaces estuvieran en pugna con el de las personas que ejercen su representación. Para evitar que estas puedan aprovecharse de su situación en desmedro de aquellos, el Código dispone que el Ministerio

Público actúe ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales; es decir, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de los menores. La actuación del Ministerio Público es complementaria en todos los procesos en los cuales se encuentran involucrados los intereses de los menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, es decir, que los menores estarán promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que aquellos demanden o sean demandados o en que se trate de personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y todo juicio que hubiere lugar sin su participación (art. 103, Cód. Civ. y Com.).

116. Eliminación de beneficios y privilegios especiales

En el derecho romano los incapaces gozaban, además de la representación legal, de algunos privilegios especiales, el más importante de los cuales era la *in integrum restitutio*, que era un beneficio en virtud del cual los magistrados podían anular ciertos actos que resultaren perjudiciales para los menores, aunque ellos se hubiesen celebrado con la debida representación legal.

Esta institución pasó a la antigua legislación española y estuvo en vigencia en nuestro país hasta la sanción del Cód. Civil, con excepción de Córdoba, en donde había sido suprimida ya por una ley del 7 de octubre de 1857.

La supresión de este beneficio (art. 58) fue un gran acierto de VÉLEZ SARSFIELD. En efecto: una vez organizada adecuadamente la protección de los menores, con órganos familiares y estatales, no tiene explicación este privilegio que resulta injusto para quienes hubieren contratado con los incapaces y que están siempre expuestos a una nulidad; e inconveniente para los propios menores, pues ante este peligro, los terceros prefieren abstenerse de contratar con ellos, lo que da lugar a numerosas y serias dificultades.

Sin embargo, el Código conservaba un importante privilegio en favor de los incapaces: la prescripción no corría contra ellos (art. 3966), disposición que fue motivo de severas críticas. Así se explica que la ley 17.711 reformara esa norma estableciendo que la prescripción corre contra los incapaces que tienen representante legal; los que no lo tienen, pueden prevalerse de lo dispuesto por el art. 3980; vale decir, el juez puede liberar al incapaz de las consecuencias de la prescripción si hiciera valer sus derechos dentro de los tres meses de adquirida o recuperada la capacidad.

El nuevo Cód. Civ. y Com. reitera este criterio en su art. 2550 al establecerse que en el caso de personas incapaces sin representantes la

prescripción se opera luego de transcurrido el plazo de seis meses desde que cesó la incapacidad o aceptó el cargo su representante legal.

117. El Ministerio de Menores

Según el régimen de la ley 1893, el Ministerio de Menores estaba integrado por los asesores y defensores de menores e incapaces.

Los primeros son letrados y sus funciones son esencialmente judiciales; solo por excepción actuaban extrajudicialmente (art. 137, ley 1893). Por el contrario, la tarea primordial de los defensores, funcionarios legos, era esencialmente extrajudicial (art. 129, ley 1893). Después de la sanción de la ley 15.244 esas funciones fueron desempeñadas por el Consejo Nacional de Protección al Menor (art. 10).

Por encima de ellos, estaba el juez como el órgano máximo de protección de los incapaces; a él le tocaba resolver en definitiva en todos los asuntos que les interesasen y que se llevasen a sus estrados. En ese caso, el juez no se limitaba a ser un órgano de aplicación de la ley, sino que debía tutelar y defender los justos intereses de los incapaces. Hoy todo lo referente a lo que se dio en llamar Ministerio de Menores ha quedado subsumido en lo que se ha dado en denominar Ministerio Público de la Defensa, creado por la ley 24.946.

No podemos dejar de soslayar que hasta la sanción de la ley 26.061 tuvo gravitación la ley 10.903 sobre Patronato que amplió notablemente sus funciones.

118. Funciones judiciales del Ministerio Público

En todos los juicios en que intervengan incapaces, es parte legítima y esencial el Defensor Público de Menores e Incapaces, bajo pena de nulidad de los procedimientos (arts. 103, Cód. Civ. y Com., y 54, ley 24.946).

En este caso, la función del Defensor, más que de representación legal propiamente dicha que es ejercida por el representante necesario, es de asistencia y contralor: vela por los intereses de los incapaces. Pero en ciertos casos, y cuando ello es preciso, el Defensor asume también la representación del menor: puede interponer recursos contra las providencias que lesionen los intereses de los incapaces, puede demandar por alimentos a los parientes de aquellos (art. 661, Cód. Civ. y Com.), puede solicitar la declaración de incapacidad o de capacidad restringida (art. 33, inc. d], Cód. Civ. y Com.). Pero salvo estos casos excepcionales, fijados por la ley, el Defensor no puede asumir por sí solo la representación que compete a los representantes necesarios; en concordancia con este principio, se ha resuelto que es nulo el contrato celebrado sin intervención del padre, que no puede ser sustituido por el Defensor.

119. Omisión de la intervención del Defensor

La omisión de la intervención del Defensor de Menores da lugar a la nulidad de las actuaciones judiciales (art. 103, Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, esta nulidad puede ser subsanada por intervención posterior del Defensor en el juicio, y la ratificación expresa o tácita de lo actuado anteriormente.

120. El Patronato

Ordinariamente, los órganos estatales deben limitar su acción al contralor de la autoridad paterna, hoy llamada responsabilidad parental; pero las circunstancias pueden hacer necesaria una sustitución completa de ella. Tal ocurre cuando el padre ha descuidado gravemente sus deberes o, de una manera más general, cuando el menor se encuentra en peligro material o moral. No bastaría ya una actitud expectante o represiva: el Estado debe la protección activa del menor, dirigir su formación. Es lo que se dio en llamar el patronato, que era desempeñado por los jueces con la colaboración del Ministerio Público tal como lo establecía el art. 4º de la derogada ley 10.903. Así se entendía que debía ser ejercido atendiendo la salud, educación moral e intelectual del menor, es decir, atendiendo todos los aspectos de su formación.

Hoy, esta institución de larga raigambre en nuestro país ha sido sustituida por una fórmula ambivalente que establece que, no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el juez proveerá a la tutela de las personas menores de edad. El legislador entendió que el patronato escondía arcaicas políticas paternalistas o autoritarias propias de épocas pasadas, pero alejadas de la realidad actual; también se desprende una desvalorización, cuando no un menosprecio a la labor desarrollada por los funcionarios judiciales a lo largo de los casi cien años de vigencia de la ley 10.903.

La nueva norma ha cosechado duras críticas por parte de prestigiosos juristas, que ven en la ley 26.061 errores de técnica legislativa, como también que existe la intención de avanzar sobre la división de poderes en nuestra República.

Si bien es cierto que el Patronato no ha sido la panacea, no lo fue no por cómo había sido concebida la institución, sino y por sobre todo, porque los institutos en los que los menores han sido y son internados, no cuentan ni con los recursos económicos, ni de infraestructura adecuados para proveer lo que el Estado debe atender, esto es: la salud, la seguridad, la contención y la educación de quienes se encuentran en situación de desamparo.

Mientras los padres ejercen normalmente sus atributos legales, el Estado no puede ni debe interferir en las relaciones paternofiliales. Pero

cuando aquellos abandonan a sus hijos o los colocan con su conducta en peligro material o moral, la sociedad debe intervenir en su defensa. De esta idea ha surgido el Patronato. No basta a veces el simple contralor por los órganos del Estado sobre la manera como se ejerce la responsabilidad parental; la conducta del padre suele llegar a tales extremos que se hace indispensable sustituir totalmente la autoridad paterna por la judicial. El art. 310 del Cód. Civil disponía que si los padres hubieran incurrido en privación o suspensión de la patria potestad (hoy denominada responsabilidad parental) y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, los menores quedaban bajo el Patronato del Estado nacional o provincial; lo mismo ocurría en cualquier caso en que el menor se encontraba en peligro material o moral, sea por la conducta de los padres o tutores, por la de él o por el ambiente en que vivía; el hecho de haber cometido un delito o ser víctima de él era un indicio especialmente importante del peligro que se cernía sobre el futuro del menor, y autorizaba al juez a disponer de él en miras a su protección o reeducación.

El Patronato era ejercido por el juez con la concurrencia del ministerio público. Naturalmente, el órgano máximo era el juez, a quien en definitiva le tocaba decidir sobre el futuro del menor, de tal modo que el juez podía adoptar la solución que conviniera a cada caso. Podía dejarlo en la casa de sus padres, estrechando la vigilancia por intermedio del defensor de menores; o bien entregarlo a una persona honesta, encargándole la tutela o la simple guarda; internarlo en un establecimiento de beneficencia o en un reformatorio.

Pero como ya hemos señalado la institución del Patronato es algo del pasado puesto que la ley 26.061 ha puesto fin a ella.

El estudio de esta institución corresponde al derecho de familia.

2.— Actos personalísimos

121. Concepto

Si bien el principio general que surge de los arts. 26, 100, 101 y 103 del Cód. Civ. y Com. es que los incapaces pueden celebrar todos los actos lícitos por intermedio de sus representantes legales, hay algunos que tienen un carácter personalísimo, y que, por consiguiente, no pueden ser realizados por los incapaces de ninguna manera. Ejemplo típico es el testamento, que en ningún caso puede ser delegable en un representante, sea legal o convencional (art. 2465, Cód. Civ. y Com.). Los otros ejemplos de actos personalísimos (en el sentido de que no pueden ser celebrados por los representantes legales, aunque sí pueden serlo por los convencionales en el caso de que el mandante sea capaz para ese acto) se dan en materia de derecho de familia: acción de divorcio, reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

3.— Asistencia

122. Concepto

A veces la tutela de los incapaces se lleva a cabo por vía de asistencia. El caso típico es el matrimonio de los menores. Este acto no puede ser realizado por su representante legal; es el menor quien debe manifestar personalmente su voluntad de contraer nupcias, pero debe hacerlo con la asistencia y el consentimiento del representante. De igual carácter es la actuación del apoyo de los inhabilitados.

Tiene también carácter de asistencia la intervención del asesor de menores y la del juez en el otorgamiento de la autorización para la celebración de ciertos actos (por lo común, los de disposición) que los representantes legales pretenden realizar en nombre de los incapaces. Tanto el asesor como el magistrado examinan la conveniencia del acto y, según eso, se concede o no la autorización. Los menores emancipados también son asistidos por el juez para la realización de los actos a que se refiere el art. 29 del Cód. Civ. y Com.

CAPÍTULO VIII - LOS INCAPACES

I — PERSONAS POR NACER

1. Alcance de su incapacidad

Por su propia naturaleza, las personas por nacer no pueden ejercer por sí ningún derecho, puesto que se hallan en el seno materno; el problema de la capacidad de hecho o de ejercicio no se plantea, pues, respecto de ellas.

En cambio, la ley les otorga una muy restringida capacidad de derecho. Si bien el Cód. Civ. y Com. no prevé que pueden adquirir bienes por donación o herencia tal como expresamente lo preveía el art. 64 del Cód. Civil, no cabe duda que desde el momento que la persona es concebida y, por lo tanto, es persona, conforme el art. 19 del Cód. Civ. y Com., es pasible de recibir donaciones. Es que el art. 21, al referirse a los concebidos, les reconoce la capacidad de adquirir derechos y obligaciones si nacieren con vida, lógicamente son susceptibles de recibir donaciones. Tal sería el caso, por ejemplo, de una donación hecha en favor del hijo que naciere de tal persona, que es válida tan solo en el caso de que aquel estuviera ya concebido en el momento de hacerse la donación; o del hijo que tiene derecho a heredar a su padre, fallecido antes de su nacimiento.

Además de lo expresado respecto a donaciones y herencias efectuadas en beneficio de los concebidos, cabe reconocérseles, también, los siguientes derechos:

a) Por lo pronto, es evidente que las personas por nacer pueden adquirir bienes por legado. Es indudable que si la persona por nacer puede recibir donaciones o herencias, puede del mismo modo ser beneficiaria de un legado. Sobre este punto no hay divergencias doctrinarias.

b) Las personas por nacer pueden ser reconocidas como hijos extramatrimoniales antes del parto, puesto que su vida comienza en el momento de la concepción (art. 19).

c) Tienen derecho a alimentos, y pueden reclamarlos por medio de su representante legal o de sus parientes, en el orden establecido en los arts. 537 y ss.

d) Si durante el embarazo, su padre u otra persona obligada a prestarle alimentos fallece por culpa de un tercero, surge a favor de la persona por nacer un derecho a indemnización.

e) Tienen asimismo derecho a que se les indemnicen los daños sufridos mientras se encontraban en el seno materno. La Suprema Corte de Ottawa resolvió un caso curioso. Una mujer encinta fue víctima de un accidente por el hecho de un tercero; poco después alumbró un niño con los pies deformes y se comprobó que ese defecto físico había tenido origen en aquel accidente. El mismo criterio ha sido seguido por los tribunales de nuestro país.

f) Pueden ser beneficiarias de ciertas estipulaciones por otro y particularmente de las que derivan de los contratos de seguro.

2. Obligaciones

Finalmente, las personas por nacer pueden contraer ciertas obligaciones, pero solo en el caso de que ellas sean meros accesorios de los derechos adquiridos. Tal, por ejemplo, el caso de un legado con cargo, que implique el cumplimiento de algunas obligaciones por parte del legatario; o la donación de un inmueble sobre el que pesara una servidumbre de paso o de aguas; o la obligación de pagar los impuestos que gravan una propiedad, etc.

Todos estos derechos y obligaciones están sujetos a la condición del nacimiento con vida (art. 21, Cód. Civ. y Com.); y solo a partir de ese momento quedan irrevocablemente adquiridos.

II — Menores

§ 1.— Alcance y límites de la incapacidad de los menores

3. El problema de la incapacidad de los menores

La mayoría de edad, y con ella la plena capacidad civil, se adquiere a los dieciocho años. Hasta ese momento los menores son incapaces; pero es indudable que durante todo ese largo lapso que transcurre desde el nacimiento, su situación jurídica no puede ser exactamente la misma, porque la realidad de la vida exige obligaciones diferentes. Una persona de más de trece años está capacitada para ciertos actos y aun para ganarse la vida, como evidentemente no lo está una criatura de pocos meses. Por consiguiente, aunque durante todo este período la regla siga siendo la incapacidad, se hace menester arbitrar distintas soluciones, según las edades. Examinaremos cómo se ha resuelto el problema en el derecho romano y en las legislaciones modernas.

4. El derecho romano

En el derecho romano, la situación de los menores sufrió importantes cambios en las distintas épocas, pues a medida que la experiencia lo aconsejaba, se iban introduciendo reformas para lograr una mejor protección. En los últimos tiempos se admitían estas tres categorías de menores: 1º) los infantes, menores de siete años, incapaces absolutos aun para aquellos actos que pudieran beneficiarlos; 2º) los *infantia maiores*, entre los siete años y la pubertad, que primero se determinaba de acuerdo con el efectivo desarrollo físico, pero que Justiniano fijó en doce años para las mujeres y catorce para los hombres; en general podían realizar válidamente los actos que les eran ventajosos, pero no los que los perjudicaban; 3º) los púberes, que en el antiguo derecho eran plenamente capaces, pero luego se fueron creando en su favor algunos beneficios con propósito de protección, que en la práctica se traducían en limitaciones a su capacidad: tal estado duraba hasta los veinticinco años, en que se alcanzaba la mayoría de edad.

Este sistema pasó más tarde a la antigua legislación española, particularmente a las partidas (Part. IV, tít. XVI, ley IV; y Part. VI, tít. XVI, leyes I, XII, XIII y XXI).

5. El principio de autonomía progresiva

El Cód. Civ. y Com. consagra el nuevo paradigma que no es otro que el *principio de la capacidad o autonomía progresiva* de los menores, que es incorporado expresamente al texto legal, particularmente en el art. 639 inc. b) y que significa que se procura instrumentar en el máximo grado la participación y ejercicio de los derechos por parte de los niños en los asuntos que les conciernen, teniendo en cuenta para ello no solamente un parámetro general y rígido como su edad, sino también aspectos variables y a evaluar en cada caso concreto, como lo son su grado de madurez y facultades.

El citado art. 639 expresa que "la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: (...) b) La autonomía progresiva del hijo conforme

sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos (...)". A continuación el inc. c) establece: "(...) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez".

Esto también se ve corroborado con lo establecido en el art. 24 del Código, al establecer que es incapaz para ejercer sus derechos "la persona que no cuenta con la edad y *grado de madurez suficiente*, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo" y en dicha Sección 2ª, el art. 26 prevé: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y *grado de madurez suficiente*, puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada".

Se advierte entonces que, de acuerdo con estas formulaciones, la edad del niño, por sí sola, ha dejado de ser un parámetro suficiente para determinar su capacidad o incapacidad para ejercer sus derechos por sí mismo. A partir de ahora, además de tomar en cuenta la edad del niño, habrá que atender en cada caso particular a la evolución personal de los hijos, a su grado de madurez, para definir si en la situación particular que pudiera plantearse el menor de edad cuenta o no con la necesaria capacidad de ejercicio.

6. El sistema del Código Civil: menores impúberes y adultos

Siguiendo la tradición romana, VÉLEZ SARSFIELD estableció dos categorías de menores: impúberes y adultos, según tuvieran menos o más de catorce años de edad. Los impúberes eran incapaces absolutos y los adultos incapaces relativos. Esta división que aparecía clara y muy importante, en la práctica no lo era.

Las diferencias más apreciables en la condición jurídica de los impúberes y los adultos eran, según el Cód. Civil, las siguientes:

a) Los impúberes eran incapaces absolutos (art. 54, Cód. Civil), mientras que los adultos lo eran en forma relativa (art. 55, Cód. Civil). En el caso de los menores, la regla es siempre la incapacidad; fueran impúberes o adultos, ellos solo podían realizar aquellos actos que les estaban expresamente permitidos; y cuando la ley les permitía realizar ciertos actos, a veces tomaba en cuenta la edad de catorce años, o bien otra fijada en cada caso con criterios distintos.

b) Los impúberes carecían de discernimiento para los actos lícitos, no así los adultos (art. 921, Cód. Civil). Esta disposición era otro desacierto de VÉLEZ; porque además de aludir a un problema teórico, que no tenía

por qué haberse tratado en el Código, era falsa. No es exacto que los menores de catorce años carecieren siempre de discernimiento; por el contrario, lo tienen para numerosos y muy importantes actos lícitos; hasta la reforma de la ley 14.394, las mujeres podían contraer matrimonio a los doce años (art. 10, Ley Matr. Civ.) y, los menores podían tomar posesión de las cosas (art. 2392, Cód. Civil), aun antes de esta edad estaban capacitados para realizar un sinnúmero de "pequeños contratos", cuya importancia en la vida cotidiana es trascendental. Es necesario admitir, por consiguiente, que para todos estos actos están dotados de discernimiento, con lo que queda claro que no tenía sentido la disposición del art. 921 del Cód. Civil derogado.

c) Finalmente, la ley autorizaba a los adultos a celebrar ciertos actos que no podían llevar a cabo los impúberes. Podían y pueden estar en juicio criminal, cuando fueran demandados (art. 286, Cód. Civil); podían testar (art. 286, Cód. Civil); si estuvieren ausentes con licencia del padre o en un país extranjero, o en lugar remoto dentro de la República y tuviesen necesidad de recursos para sus alimentos u otras necesidades urgentes, podían ser autorizados por el juez del lugar o por el cónsul de la República para contraer deudas que satisficieran la necesidad en que se hallaren (art. 284, Cód. Civil); podían trabajar a partir de los 16 años (según la ley 26.390) previa autorización paterna o tutelar (art. 275, Cód. Civil, y art. 32, ley 20.744) y aun sin autorización, si vivieren independientemente de los padres o tutores (art. 32, ley 20.744); y si trabajaban podían estar por sí o por mandatario en juicio relativo al trabajo (art. 33, ley 20.744), como también agremiarse y formar parte de asociaciones profesionales, sin que se requiriera la autorización del representante legal (dec. 23.852/1944, art. 5º, ratificado por la ley 12.921); podían hacer donación de lo que adquirieran con su profesión o industria (art. 1807, inc. 7º, Cód. Civil); el depósito necesario por ocasión de peligro o de fuerza mayor podían hacerlo en personas adultas, aunque incapaces por derecho, y estas respondían por él, aunque no estuvieren autorizados por sus representantes para recibirlo (art. 2228, Cód. Civil); podían enrolarse en servicio militar o entrar en comunidad religiosa con autorización paterna o tutelar (art. 264 *quater*, inc. 3º, Cód. Civil); en este último caso, el Código no introducía ninguna distinción, pero por la índole de la autorización debía entenderse que solo se podía referir a los adultos; eran y son hábiles para declarar como testigos en juicio (art. 426, Cód. Proc.). Podían ejercer un mandato a nombre de otro (art. 1897, Cód. Civil), pues si bien esta norma alude a los menores sin establecer ningún límite de edad, es lógico fijarlo en los catorce años, que es cuando la ley les reconoce discernimiento; antes de esa edad no se concibe que un menor pueda comprar un inmueble, administrar un patrimonio, constituir una sociedad, aunque sea por poder de otra persona.

7. Actos que podían realizar los menores según el Código Civil y que pueden hacer hoy, conforme el Código Civil y Comercial

Los actos más importantes que podían realizar los menores eran y son los siguientes:

a) Tanto en el Cód. Civil (art. 2392) como en el Cód. Civ. y Com. (art. 1922) se prevé que los menores a los diez años pueden tomar posesión.

b) En el Cód. Civil los menores podían contraer matrimonio, si mediare dispensa judicial, la que se otorgaba con carácter excepcional (art. 167).

En el Cód. Civ. y Com., en su art. 404, se hace un distingo, entre aquellos menores que han cumplido los dieciséis años y los que no alcanzaron dicha edad. Para los primeros la autorización la pueden conferir los padres y a falta de esta, con dispensa judicial, para los segundos deben hacerlo siempre con dispensa judicial, es decir, con la autorización del juez competente.

c) Podían reconocer hijos los menores adultos (art. 286, Cód. Civ.). Dicha facultad la tienen ahora los menores adolescentes (art. 680, Cód. Civ. y Com.).

d) Podían trabajar a partir de los 16 años, según la ley 26.390, con autorización de los padres o tutores, y aun sin esa autorización, si vivieren independientemente de ellos (art. 32, ley 20.744). Debe entenderse por tal a todo trabajo en relación de dependencia, trátese de un empleo privado o público. Ahora bien, si el menor tuviere una profesión podrá ejercerla sin necesidad de pedir autorización a sus padres o tutores y podrá administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con su trabajo. Podrá también el menor estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a su trabajo (art. 128 reformado por la ley 26.579). Actualmente, el art. 30 del Cód. Civ. y Com. reitera este concepto. El art. 30 debe ser interpretado en conjunto con el 681 que establece la necesidad de autorización para trabajar para los menores de 16 y el art. 683 que presume la autorización para los mayores de 16 de la Ley de Contrato de Trabajo, con lo cual si es presumida significa que la misma es requerida. Asimismo, debemos tener presentes las limitaciones del art. 32 de la Ley de Contrato de Trabajo que establece la edad mínima para trabajar bajo relación de dependencia en 16 años con autorización de sus padres o tutores.

e) Estaban capacitados, a partir de los catorce años, para realizar todos los actos a que hemos aludido en el nro. 357. c.

f) Finalmente, y aunque la ley no lo preveía, los menores tienen capacidad para celebrar un sinnúmero de pequeños contratos, que considerados aisladamente tienen poca importancia, pero que tomados en su conjunto revisten fundamental trascendencia en la vida cotidiana.

Desde muy corta edad los menores hacen compras de poco monto al contado, se trasladan de un lugar a otro en los medios de transporte colectivo, pagando su pasaje, asisten a cinematógrafos y otros espectáculos públicos, abonando su entrada. Sancionados por una costumbre que se nutre en una necesidad social evidentísima, estos pequeños contratos son perfectamente válidos y legítimos. No se trata, como suele creerse, de actos nulos pero tolerados, sino de actos perfectamente lícitos, porque responden a una necesidad tan ineludible, que aunque el legislador los prohibiera expresamente seguirían cumpliéndose. El Cód. Civ. y Com. prevé expresamente, en el art. 30, que los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores.

Como hemos visto en el punto anterior los menores que poseen un título profesional no solo pueden trabajar; sino que además, están autorizados para administrar y disponer libremente los bienes que adquieran con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos (art. 128). Las atribuciones son amplias: los menores pueden disponer libremente de estos bienes, es decir, aun a título gratuito. La norma alude tanto al dinero ganado con el trabajo como a los bienes adquiridos con ese dinero.

En cambio, estos menores no pueden administrar ni disponer de los bienes que hubieran adquirido por otro título, por ejemplo, por herencia, donación, legado o juego, ni de sus frutos ni productos, todos los cuales continúan bajo la administración del padre o tutor.

Es una capacidad referida exclusivamente a los bienes adquiridos con su trabajo; en lo que atañe a los restantes, como así también, en todo lo relativo al ejercicio de los derechos extrapatrimoniales, se mantiene su incapacidad. Y, desde luego, el menor sigue bajo la responsabilidad parental (o, en su caso, la tutela). Pero sobre los bienes que el menor ha adquirido con su trabajo, ni los padres tienen el usufructo ni el tutor derecho a la décima. La ley es clara cuando autoriza al menor a disponer de ellos sin salvedad alguna, lo que significa que en dichos bienes ni los padres ni el tutor tienen parte alguna. Y es lógico que así sea pues la ley ha querido que el menor que trabaja pueda formar un peculio propio y adquirir esa independencia que da ganarse la vida. Una independencia de hecho, pues repetimos que no cesan ni la responsabilidad parental ni la tutela; pero con todo, muy importante, sobre todo en la época en que vivimos en que los jóvenes sienten premura por desligarse de la dependencia de sus padres.

Por último, el art. 128 les acordaba aptitud para estar en juicio civil o penal vinculados con aquellos bienes. En otras palabras: en todo lo que atañe a los bienes adquiridos con su trabajo los menores de dieciocho

años tienen las más amplias atribuciones para disponer de ellos y para defenderlos judicialmente, estando en juicio ya sea como actor o como demandado.

Así, al igual que la ley 18.248 que reconoció a los hijos que habían cumplido dieciocho años el derecho a inscribir el apellido compuesto del padre o el materno (art. 4º), el Cód. Civ. y Com. autoriza la adición del apellido del otro cónyuge a pedido del hijo con la edad y madurez suficiente (art. 64); en igual sentido si son hijos matrimoniales de cónyuges del mismo sexo si el interesado deseare llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido, o del otro cónyuge, podrá solicitarlo ante el Registro del Estado Civil. Si son adoptivos de matrimonios de igual o distinto sexo se rigen por las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales, excepcionalmente y fundado en el derecho a la identidad del adoptado y a petición de parte interesada se puede o bien agregar o anteponer el apellido de origen (art. 626, Cód. Civ. y Com.), si la adopción es plena; si es simple se rige por las mismas reglas que la adopción plena.

8. Menores con título profesional habilitante

Los menores que hubieren obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrán ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, es decir, en estos casos la capacidad empieza desde que se obtuvo el título habilitante, aunque se haya obtenido antes de adquirir la mayoría de edad, como bien puede ocurrir con el título de maestro, perito mercantil, maestro mayor de obras, etc. (art. 30 del Cód. Civ. y Com.).

Hay que notar que, en este caso, el menor queda habilitado para el ejercicio de la profesión que ha logrado y como tal está facultada para celebrar contratos de trabajo vinculados a su profesión, pero solo estos contratos, no otros, y lo ganado en el ejercicio de la profesión puede ser dispuesto libremente por él, quien además está facultado para estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas con su profesión, conforme lo dispone el art. 30, último párrafo.

En conclusión, salvo el caso de obtención de título profesional habilitante por parte de un menor que hubiere cumplido los dieciséis años, en los demás casos se requiere la autorización de los progenitores para que los menores de edad presten servicios, debiendo respetarse en todos los casos las prohibiciones legales relativas al trabajo infantil contenidas en el Código y en las leyes especiales. A su vez, el otorgamiento de la autorización paterna para ejercer oficio, profesión, industria o prestar servicios, hace presumir también la autorización para realizar los actos jurídicos vinculados a dicha actividad.

El Cód. Civ. y Com. ha terminado con las clasificaciones de menores impúberes y menores adultos y de incapacidad absoluta o relativa.

Hoy el legislador ha legislado sobre los menores, estableciendo las categorías de menores de trece años y mayores de trece (ahora denominados adolescentes) y en el caso de estos a su vez hace un distingo entre aquellos que no han cumplido dieciséis y los que están en la franja etaria de los dieciséis y la mayoría de edad, esto es, los dieciocho años. Es decir, redujo la edad de los que antes se los consideraba como impúberes a los trece años. Además se hace hincapié en sí cuenta, con un grado de madurez suficiente o no, tema este que no es fácil de explicitar, por cuanto no se expresa en ninguna parte del articulado qué debe entenderse por tal y consiguientemente el margen de discrecionalidad es por demás amplio.

Los menores de edad, que son aquellos que no han cumplido los dieciocho años, ejercen sus derechos a través de sus representantes, pero si tienen edad y madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que les son permitidos y, si tuvieren conflicto de intereses con sus representantes legales, pueden intervenir con asistencia letrada. Ahora bien todo menor de edad tiene derecho a ser oído en todo proceso judicial.

El Cód. Civ. y Com., al hacer una distinción entre los menores de edad, diferenciándolos entre menores y adolescentes lo hace siguiendo el criterio de numerosas legislaciones latinoamericanas que contienen esta diferenciación. Brasil, por ejemplo, en el Estatuto del Niño y del Adolescente en el art. 2º de la ley 8069 de 1990, considera como niño a la persona hasta la edad de los 12 años y a las personas entre los 12 y 18 los considera adolescentes. La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela considera niño o niña a toda persona menor de 12 años y adolescente a la persona de doce hasta los dieciocho años (art. 2º). Por su parte, Uruguay, en el Código de la Niñez y Adolescencia reconoce como niño a toda persona menor de 13 años y como adolescente a todo mayor de 13 y menor de 18 años de edad (art. 1º).

Dentro de la categoría de menores de edad, como hemos señalado, podemos distinguir tres tipos de menores: a) los menores que no alcanzaron los trece años; b) los menores adolescentes que cumplieron trece años pero que no alcanzaron los dieciséis y c) los que cumplieron dieciséis y no alcanzaron la mayoría de edad.

a) los menores que no alcanzaron los trece años ejercen sus derechos a través de sus representantes y tienen derecho a ser oídos en todo proceso judicial que les concierna.

b) los menores adolescentes de trece a dieciséis años, la ley les reconoce el derecho a decidir respecto de aquellos tratamientos que no

resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo en su vida o integridad física. Ahora bien si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o ponen en riesgo su integridad física o su propia vida, el menor adolescente debe prestar su consentimiento a la práctica médica con la asistencia de sus progenitores. Si hubiere discrepancia, atendiendo al interés superior del niño adolescente la cuestión se resolverá sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias del acto médico a realizar.

c) Los menores adolescentes mayores de dieciséis años son considerados adultos para todas las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (art. 26).

Por nuestra parte consideramos que esta clasificación es más propia de la psicología que del derecho, por cuanto creemos que tal como su propia palabra lo dice los menores adolescentes, adolecen del criterio y conocimientos necesarios como para tomar las decisiones y atribuciones que la ley les confiere.

Además de estos derechos la ley consagra el derecho del menor que ha sido adoptado a conocer su origen, y, por lo tanto, a acceder a los expedientes que dieron lugar a la adopción, estando facultado a incoar una acción autónoma a tales fines, siempre con asistencia letrada.

9. Nuestra opinión

El nuevo régimen aporta una mayor flexibilidad, aunque también una mayor complejidad e incertidumbre, lo que podría conducir a un aumento de la conflictividad y dificultad en la vida cotidiana de las personas, que de no ser resuelta en el interior de las familias, será derivada al sistema judicial. La bondad y eficacia del nuevo paradigma podrá evaluarse cuando, pasado un tiempo de su entrada en vigencia, pueda mensurarse si ha habido o no un aumento de la conflictividad familiar, ya que sin lugar a dudas el nuevo régimen significa una mayor libertad para los niños y también un correlativo debilitamiento de la autoridad paterna. La denominada "democratización de la familia" y la horizontalidad de los vínculos que se implantan con la nueva legislación ¿qué consecuencias tendrán, teniendo en cuenta que las funciones de demarcación de límites y fijación de reglas y pautas culturales históricamente han estado a cargo de los padres? ¿Está nuestro sistema judicial preparado y cuenta con los recursos suficientes para responder con eficacia a las demandas que puedan presentarse y que en esta materia requerirán, en muchos casos, de soluciones urgentes? Son muchas las preguntas que genera la nueva legislación y cuyas respuestas recién las tendremos y podremos evaluarlas con el tiempo y su puesta en práctica. Por otra parte, no puede dejar de señalarse que al haberse legislado a través de parámetros abiertos ("características psicofísicas", "aptitudes", "desarrollo", "grado de

madurez suficiente") habrá un mayor margen para el arbitrio de los jueces, lo que entendemos no es conveniente para la vida familiar.

Finalmente, la categorización de adolescentes es una clasificación propia de la psicología, pero no de la ciencia jurídica, por más que otras legislaciones hayan incorporado este vocablo. Prueba del error de tomar este término, es que para la ciencia psiquiátrica la adolescencia es una etapa de la vida que va desde los diez u once años hasta los veintiuno (Erik Erikson), o hasta los diecinueve (Organización Mundial de la Salud), sin perjuicio de que hoy existe un consenso generalizado de que la adolescencia se ha extendido hasta los veinticinco años, lo que pone aún más en evidencia, lo caprichoso y falto de rigorismo jurídico que tiene dicha categorización de los menores. Hace ciento cincuenta años, VÉLEZ tipificó a la demencia con términos médicos, esto es, que lo eran aquellas personas que padecían demencia, imbecilidad o manía, aunque esta fuere solo parcial, lo que le valió diversos cuestionamientos, que dieron por resultado el cambio por una forma jurídica y técnica, alejada de denominaciones médicas: no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Es decir, se prescindió de términos médicos para ceñirse a un marco jurídico. En el caso de los menores adolescentes ha ocurrido lo mismo por más que en defensa de esta denominación se haga referencia a que otras legislaciones la han utilizado.

§ 2.— CESACIÓN DE LA INCAPACIDAD

10. Causales

La incapacidad de los menores cesa: a) por haber alcanzado la mayoría de edad; b) por la emancipación por matrimonio (art. 27, Cód. Civ. y Com.).

A.— MAYORÍA DE EDAD

11. Momento en que se cumple

El art. 128 del Cód. Civil establecía que la mayoría de edad se alcanzaba al cumplir los veintidós años.

La ley 17.711 redujo la mayoría de edad a los 21 que era el criterio predominante a mitad de la década pasada, así era en Uruguay (art. 280); Perú (art. 2º); Venezuela (art. 419); China (art. 12); Chile (ley del 11/10/1943); etc. Pero este criterio también cambió en este nuevo milenio.

En los últimos años se generalizó el reconocimiento de la mayoría a los dieciocho años, tal como dan cuenta las normas introducidas en Francia (ley del 5/7/1974); Italia (ley del 8/3/1975); España (art. 314, Cód. Civil); México (ley del 31/1/1970); Ecuador (ley de 1970); Brasil (art. 5º, Cód. Civ.); Alemania (art. 2º); es también la solución del *common law*. El Código

suizo fija la de veinte años, al igual que el del Japón (art. 20, inc. 3º) y en esa línea avanzaron distintos proyectos de reforma que finalmente dieron lugar a la sanción de la ley 26.579 que redujo la mayoría de edad a los dieciocho años y que fue el criterio seguido por el legislador al sancionar el nuevo Cód. Civ. y Com. que en su art. 25 establece que son menores de edad aquellas personas que no han cumplido los dieciocho años.

Para esta reducción de la mayoría de edad se ha tenido en cuenta fundamentalmente la madurez psicológica más temprana de las nuevas generaciones, pero no obstante tiene grandes contradicciones, ya que por un lado se considera que la persona que ha cumplido dieciocho años es plenamente capaz, por el otro se le reconoce el derecho a seguir percibiendo alimentos de sus padres hasta cumplir los veintiún años, pudiendo extenderse hasta la 25 años en caso de estar capacitándose; es decir, que para algunas cosas se es mayor y para otras menor, lo que es una clara contradicción.

Pese a que el reconocimiento del principio de autonomía progresiva conlleva una valoración de las aptitudes psicofísicas específicas del niño en cada caso concreto y por ende, un límite difuso en la determinación de su capacidad, lo cierto es que no ha desaparecido con la reforma toda referencia a la edad como factor determinante de la capacidad de ejercicio de los derechos.

B.— Emancipación

1.— Sistema del Código Civil de la ley 17.711 y de la 26.579

12. En el Código de Vélez

La emancipación era admitida solo cuando el menor contraía matrimonio, ya sea con autorización de sus representantes legales o bien por dispensa judicial.

La ley 17.711 redujo la mayoría de edad a los veintiuno y estableció importantes reformas en materia de capacidad; así admitió, también, la emancipación dativa o por habilitación de edad al cumplir los dieciocho años de edad.

En el mismo sentido el Cód. Com. autorizaba la emancipación dativa o voluntaria para los actos mercantiles (arts. 10-12).

La ley 26.579, al reducir la mayoría de edad a los dieciocho, dejó sin efecto la emancipación dativa.

2.— Emancipación por matrimonio en el Código Civil y Comercial

13. Matrimonio celebrado con o sin autorización

El art. 27 prevé como única forma de emancipación la que tiene lugar como consecuencia del matrimonio. En efecto, dicho artículo establece

que "la celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad".

Asimismo, el art. 404 hace una distinción entre menores que no hayan cumplido los dieciséis años y aquellos que los cumplieron.

Para los primeros se requiere la autorización judicial, esto es, la dispensa otorgada por el juez para que celebren matrimonio, para lo cual este mantendrá una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales y tomará su decisión teniendo en cuenta la edad y grado de madurez suficiente que tiene el o los menores, la comprensión que tienen estos del acto que van a celebrar y sus consecuencias jurídicas y la opinión que tengan sus padres o representantes legales acerca del pedido de autorización para contraer matrimonio.

El art. 131 del Cód. Civil disponía: "Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil, con las limitaciones previstas en el art. 134. Si se hubieran casado sin autorización no tendrán hasta la mayoría de edad la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores".

Es decir, que si el matrimonio se celebraba sin la debida autorización igualmente se producía la emancipación. Pero, en este caso, el emancipado carecía hasta la mayoría o la habilitación de edad, del derecho de administrar o disponer de los bienes recibidos antes o después del matrimonio a título gratuito; estos bienes seguían administrados por los padres o tutores, quienes tenían derecho al usufructo o a la décima respectivamente.

Esta era la única restricción derivada de la falta de autorización; en consecuencia, respecto de los demás bienes y muy particularmente de los frutos de su trabajo, el menor tenía amplias facultades de administración y disposición.

La autorización de que hablaba la ley, al igual que la que habla el Cód. Civ. y Com., es la del representante legal o bien la judicial, si aquel se hubiera opuesto sin causa justificada.

En el Cód. Civ. y Com., a diferencia del Cód. Civil, se establece que el juez después de haber escuchado al menor y a sus padres o representantes legales puede hacer lugar o no al pedido de nulidad (art. 425).

Cabe agregar que la hipótesis de matrimonio sin autorización es muy poco probable, pues el matrimonio se celebra ante un oficial público que en el caso de los menores, exige siempre autorización legal. Sería necesario que los menores hubieren alterado sus documentos o que el

jefe del Registro Civil incurriera en un muy improbable incumplimiento de sus deberes, para que el acto pudiera celebrarse sin la debida autorización.

14. Su carácter irrevocable

La emancipación lograda por matrimonio es irrevocable y, por consiguiente, se mantiene aunque el matrimonio se disuelva durante la menor edad por fallecimiento de uno de los cónyuges. Con mayor motivo subsiste en caso de divorcio.

Tampoco podrá revocarse la emancipación aunque se demostrare que el menor ha hecho un uso inconveniente o ha abusado de ella.

15. Nulidad del matrimonio

Distinta es la solución si el matrimonio fuere anulado; en efecto, en esta hipótesis el matrimonio se tiene como no celebrado, de modo que es lógico que la emancipación quede sin efecto (art. 425).

Sin embargo, y teniendo en cuenta sobre todo los derechos de los terceros de buena fe que hubieran contratado con un menor casado, el art. 426 establece que la nulidad del matrimonio y la buena o mala fe de los cónyuges no perjudica los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hayan contratado con los cónyuges. Por consiguiente, todos los actos realizados por el menor desde el casamiento son válidos, siempre, claro está, que hubieran obrado dentro de los límites fijados por los arts. 28 y 29.

Pero supongamos que el matrimonio nulo haya sido contraído de buena fe. ¿Se mantiene o no la emancipación? La cuestión ha sido resuelta por el art. 428 al establecer que si ambos cónyuges son de buena fe, el matrimonio produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día que se declara su nulidad. En igual sentido si uno de los contrayentes es de buena fe produce respecto de él los mismos efectos que en el caso anterior.

Es la buena solución, pues la revocación de la emancipación trae aparejadas muy graves consecuencias (particularmente la separación de la administración de bienes y negocios) y no es justo que quien se casó de buena fe las sufra. Es también de notar que el cónyuge de buena fe mantiene la emancipación.

3.— Efectos

16. Principio general

En principio, la emancipación hace cesar la incapacidad propia de la persona menor de edad (art. 27, Cód. Civil). Esta regla tiene amplia aplicación en materia extrapatrimonial y, sobre todo, de familia. Desde ese momento cesa la responsabilidad parental o la tutela, el cónyuge tiene

todos los derechos y deberes de tal y, si tiene hijos, ejerce sobre ellos su responsabilidad parental. Pero en materia patrimonial, la capacidad de los emancipados está sujeta a importantes restricciones.

17. Actos absolutamente prohibidos

La ley enumera taxativamente cuales son los actos que los emancipados no pueden realizar de ninguna manera, ni aun con autorización judicial, lo que significa que existe respecto de ellos una verdadera incapacidad de derecho:

a) No pueden aprobar la cuenta de sus tutores ni darles finiquito (art. 28, inc. a], Cód. Civ. y Com.). Por la trascendencia del acto, la ley ha querido que solo puedan cumplirlo los mayores de edad.

b) Hacer donaciones de bienes que hubieren recibido a título gratuito (art. 28, inc. b], Cód. Civ. y Com.).

c) No pueden afianzar obligaciones (art. 28, inc. c], Cód. Civ. y Com.).

18. Facultades de administración y disposición

Conforme al art. 29, los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, solo tendrán la administración.

Conforme con el texto legal hay que distinguir dos situaciones diferentes:

a) Bienes adquiridos por cualquier título legítimo que no sea gratuito; los emancipados tienen la libre disposición de ellos. A título de ejemplos, diremos que pueden donar estos bienes y con mayor razón venderlos o hipotecarlos, contraer deudas y recibir pagos, hacer arrendamientos, hacer transacciones o sujetar un negocio a juicio arbitral, estar en juicio civil o penal relativos a acreedores patrimoniales o extrapatrimoniales.

Hemos dicho que los emancipados pueden contraer deudas. Bien entendido, sin embargo, que con ellas no pueden comprometer los bienes que hayan recibido a título gratuito. En otras palabras, los acreedores pueden ejecutar todos los bienes del menor, menos los que hubiera recibido por herencia, donación o legado. Para comprometer estos bienes es necesario que la deuda se haya contraído con autorización judicial.

b) Bienes adquiridos por título gratuito. En este caso, los emancipados solo tienen la administración. Para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial (art. 29).

Adviértase que el art. 29 no distingue entre bienes muebles e inmuebles; habiéndose recibido a título gratuito, el emancipado no puede disponer de ellos cualquiera sea su carácter. Claro está que será difícil evitar que el menor disponga de sus muebles no registrables, ya que el

traspaso de la propiedad se hace por simple tradición; tanto más cuanto que la posesión de buena fe de una cosa mueble crea en favor del que la posee la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si la cosa no fuera robada o perdida (art. 1895). De tal modo que el acto por el cual el emancipado enajenó una cosa mueble solo podría ser atacado de nulidad si el adquirente sabía que aquel era menor, porque en tal caso no podría invocar buena fe.

19. Aceptación y repudio de herencia

Según el art. 2287 todo heredero puede aceptar o repudiar una herencia. Ahora bien como el emancipado no tiene capacidad para disponer de los bienes recibidos a título gratuito, forzoso es concluir que no puede aceptar o repudiar herencias, sin autorización judicial. Se explica que así sea porque, aun en el caso de aceptación de herencia, esta puede implicar gravosas obligaciones para el heredero, que en algunos casos suelen exceder el monto de los bienes.

Por lo demás, esta solución está en la línea de que se requiere la autorización judicial para todos los actos de disposición a título gratuito. Y tanto aceptar como repudiar herencias supone otorgar un acto de disposición vinculado con bienes recibidos a título gratuito. No hay que sorprenderse que, aun la aceptación de herencia, sea calificada como acto de disposición, pues tiene ese carácter todo acto que suponga una modificación sustancial de la composición del patrimonio.

20. Capacidad para ser tutor, curador, albacea, testigo de testamento

Creemos que es indiscutible que los menores emancipados pueden ser tanto tutores como curadores y albaceas, puesto que la emancipación implica eliminar todas las incapacidades que pesan sobre el menor, con excepción de las establecidas en el art. 28.

Queda finalmente a considerar el problema de si los emancipados pueden ser testigos en los testamentos. Según el art. 2481 pueden serlo las personas capaces al tiempo de otorgar el acto y los menores emancipados son plenamente capaces y, por lo tanto, pueden ser testigos, por cuanto la ley les reconoce capacidad para todos los actos de la vida civil, con la sola excepción de las restricciones establecidas en el art. 28. Sería por otra parte irrazonable que una persona a quien la ley le reconoce una casi plena capacidad, no la tenga para el cumplimiento de una mera formalidad, como es el ser testigo de un testamento.

21. Casos en que el juez puede dar la autorización

La autorización judicial, cuando ella fuere requerida, no será dada sino en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente (art. 29).

Queda librado al criterio judicial cuándo ha llegado el caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente; pero una vez autorizado el acto, no podrá pretenderse su nulidad demostrando que ha sido inconveniente para el emancipado.

22. Caso de venta de los bienes

Cuando el acto autorizado suponga la venta de bienes del emancipado esta deberá hacerse o bien por la subasta pública o bien por venta extrajudicial siempre y cuando para el criterio del juez sea más conveniente.

III — Personas incapaces y con capacidad restringida

§ 1.— Concepto

23. Evolución histórica del concepto jurídico de las alteraciones mentales y adicciones

El art. 141 del Cód. Civil definía a las personas con alteraciones mentales graves, llamadas dementes con una fórmula poco afortunada: "Se declaran dementes los individuos de uno u otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos o la manía sea parcial".

A esta disposición se le hicieron severas y justas críticas. El error fundamental de Vélez fue encarar el problema desde el punto de vista médico; no es extraño, por consiguiente, que su definición formulada en 1869 resultara anacrónica y falsa. Iguales reparos ofrecía el principio de clasificación de la demencia en manía, demencia o imbecilidad. Pasando por alto la repetición de la palabra demencia, que es precisamente el concepto que se pretende definir, tal división resulta hoy pueril. Pero, sobre todo, es ajena al derecho. La clasificación de las enfermedades mentales es un problema propio de la psiquiatría y nada tiene que ver con la ciencia jurídica. Desde el punto de vista de esta, carece de todo interés la ubicación del enfermo dentro de tal o cual tipo de enfermedad mental; lo único que tiene relevancia jurídica es la dilucidación de si está dotado o no de aptitud mental para ejercer sus derechos (en derecho penal, naturalmente, debe investigarse su capacidad para delinquir).

Por consiguiente, para definir la enfermedad mental, desde el punto de vista jurídico, era necesario apartarse de los conceptos de la ciencia médica. En la esfera del derecho, debe considerarse enfermo mental a toda persona que, a consecuencia de una perturbación de sus facultades mentales, carece de aptitud para conducirse a sí misma y en sus relaciones de familia y para administrar sus bienes.

Estas ideas, generalmente admitidas, fueron recogidas por la ley 17.711, que dio al art. 141 una nueva y precisa redacción: "Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes".

La Convención de Personas con Discapacidad, que fuera ratificada por ley 26.378 llevó al legislador a avanzar en el tema de las enfermedades mentales y trajo como consecuencia la sanción de la ley 26.657 de Salud Mental, que deroga la ley 22.914. Si bien la ley está imbuida de nobles propósitos, no puede dejar de señalarse, cuanto menos, que implementarla en la forma debida demandará no solo mucho tiempo, sino también esfuerzo y medios económicos, sin perjuicio de que aún queda por delante un amplio y complejo debate relacionado con la enfermedad mental, su diagnóstico y tratamiento, tal como lo señalaran con todo acierto MAYO y TOBÍAS.

La ley en cuestión formula una serie de definiciones, enunciados y propósitos propios de trabajos doctrinarios, más que de una normativa. La falta de técnica legislativa, que es llamativa, queda evidenciada en el poco cuidado que se ha tenido de armonizar la presente ley al texto del Código. Es poco clara la función del juez en el proceso, ha quedado desdibujado, al extremo que ya una atribución fundamental como la de la externación se encuentra ahora en manos de un equipo de salud, cuya integración aún se desconoce.

El tiempo dirá si las dificultades que se originan para interpretar la norma son subsanables por vía judicial o si bien requeriremos de una nueva ley que la corrija.

24. Concepto en el Código Civil y Comercial

El Cód. Civ. y Com. les ha dado un nuevo tratamiento a las personas con problemas de adicciones o alteraciones metales. Así, prevé en el art. 32, los parámetros para la declaración de incapacidad o restricción a la capacidad. Si bien no brinda definición de ninguno de ambos conceptos, señala claramente los supuestos de procedencia en uno y otro caso para su declaración.

El Código prescinde del concepto de demencia y omite toda referencia a los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito, aludiendo únicamente a una enunciación general de incapacidad y restricción a la capacidad, estándares estos en los que podrán estar comprendidos tanto uno como otro supuesto, originarios del código velezano.

Señala el referido art. 32, que "el juez podrá restringir la capacidad de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad,

siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes". Y continúa, "excepcionalmente cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier medio, modo o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, declarará la incapacidad y designará un curador".

Como se puede observar, en el nuevo ordenamiento jurídico, la causal de incapacidad resulta indistinta, ya que no define la especie, sino el género.

Al igual que en la ley 17.711, en el actual código se requiere tanto de un componente médico: la alteración mental o adicción; como de un componente jurídico: "la posibilidad de que del ejercicio de su plena capacidad, causare daño a sí mismo o a sus bienes"; como requisitos para declarar la restricción a la capacidad o excepcionalmente su incapacidad, solo que en este último supuesto se requerirán mayores exigencias para su procedencia.

Se abandona de este modo, el sistema de incapacidades prediseñado con base en una causa, variando la tutela de los incapaces en cada caso según la posibilidad de administrar su persona y sus bienes, supliendo tales falencias para el ejercicio de su capacidad por un sistema de apoyos, de distinto grado y carácter de actuación, hasta alcanzar en última instancia la representación a través de un curador en los términos y condiciones clásicas de este instituto. Como vemos el sistema actual es susceptible de gradación y se adapta a las necesidades del tutelado, siendo el factor variable el sistema de apoyos y la calidad de actuación de estos.

De esta manera, el Cód. Civ. y Com. incorpora a su texto el modelo social de discapacidad, perfilado por la Convención de las Personas con Discapacidad, dirigido a poner en pie de igualdad a las personas con discapacidad, absteniéndose de traducir en incapacidad jurídica su discapacidad física o mental.

Es de señalar que el art. 32 del Cód. Civ. y Com. prevé dos situaciones bien diferenciadas como presupuestos para la declaración de restricción a la capacidad:

a) Los declarados restringidos conservan plena capacidad civil para todos aquellos actos en los cuales no se encuentre limitada su capacidad, restringiéndosela exclusivamente para los actos señalados en la sentencia. En consecuencia los comprendidos en este supuesto son personas capaces con su capacidad restringida para determinados actos.

b) De manera excepcional se prevé la declaración de incapacidad, supuesto para el cual deberán cumplimentarse, además del componente

médico y jurídico que determina procedencia de la declaración de restricción a la capacidad, dos requisitos que determinan la declaración de incapacidad: 1) que el sistema de apoyo no fuese suficiente, y 2) que la persona se encontrare imposibilitada de interactuar con su entorno y comunicar su voluntad por cualquier medio, modo o formato adecuado. Verificados dichos extremos corresponderá la declaración de incapacidad y su consecuente designación de un curador.

La declaración de incapacidad solo procede como medida excepcional: cuando no pueda otorgársele la tutela suficiente mediante la restricción a la capacidad.

25. Reglas generales

No obstante la falta de conceptualización de los supuestos de restricción e incapacidad, a la que hiciéramos referencia en el punto anterior, el art. 31 proporciona las reglas generales de la restricción a la capacidad. Este artículo enuncia los lineamientos generales de interpretación y aplicación de las normas que regulan la materia, evidenciando la profundización del carácter tuitivo de la restricción, sin avasallar los derechos fundamentales de las personas restringidas en su capacidad. Forzoso resulta también destacar que más allá de la profundización del modelo social de discapacidad, dichas reglas generales otorgan sustento normativo a la toma de decisiones judiciales que, atento la amplitud del ámbito de aplicación que recae sobre ambas figuras, fundamentalmente la restricción a la capacidad, descansan indudablemente en las reglas de la sana crítica del juzgador.

Más aún, el referido art. 31 destaca el derecho de los tutelados a recibir información por el medio adecuado para su comprensión, como así también el derecho a contar con asistencia letrada y a priorizar la toma de medidas terapéuticas menos restrictivas de sus libertades.

En el inc. b), señala también el carácter excepcional de la restricción a la capacidad, debiendo ser esta impuesta siempre y cuando lo sea en beneficio de la persona, y tan es así que el inc. a) del art. 31 consagra la presunción de capacidad aun cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial.

26. Sistema de apoyos - representación

El legislador ha creído necesario contemplar para el caso de declaración de restricción a la capacidad un sistema de apoyos para facilitar la toma de decisiones de la persona restringida en su capacidad (art. 43).

En tal sentido entiende como apoyo "cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona lo que necesite en la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general".

A simple rasgo podemos afirmar que se trata de un sistema que se adapta a la particularidad del caso, siendo el o los apoyos la variable que se adecua a la persona en cada caso particular, no sujeto a parámetros fijos. No solamente la particularización del sistema recae en la cantidad de apoyos a designar conforme las necesidades del sujeto, sino también el modo de actuación de aquellos. Resulta sin lugar a dudas, un sistema cuya característica preponderante es la posibilidad de gradación, conforme las necesidades del interesado quien, y en concordancia con los parámetros expuestos, podrá ser él mismo quien busque el amparo legal en resguardo de su propio interés.

En cuanto al sistema de apoyos, se lo presenta como una instancia superadora del viejo sistema tradicional del modelo de sustitución de la voluntad, por uno en el cual podemos hablar de acompañamiento en la toma de decisiones, conforme las preferencias de las personas protegidas. Esto no excluye que, aun dentro del sistema de restricción a la capacidad, para determinados actos se requiera representación y que en relación con ese acto jurídico en particular nos topemos con el régimen sustitutivo de la voluntad.

Es decir, que dentro de esta amplia gama de actuación de el o los apoyos para facilitar la toma de decisiones, podemos encontrarnos con que estos apoyos pueden consistir en una mera autorización o bien en colaboración, o en un consentimiento integrado, en un régimen de asistencia o simplemente en una representación sustitutiva de la voluntad en lo que al acto en particular se refiera.

Resulta evidente, entonces, que conforme los lineamientos trazados por el art. 12 de la Convención de Personas con Discapacidad, ratificada por la ley 26.378, el sistema busca poner a las personas en un pie de igualdad, evitando que la discapacidad física o psíquica se traduzca en incapacidad jurídica. El sistema de apoyos debe ser facilitador de la toma de decisiones promoviendo la autonomía y posibilitando una mejor comunicación, comprensión y la manifestación de la voluntad de la persona.

Ahora bien, excepcionalmente y para aquellos supuestos en que el sistema de apoyos no fuese suficiente y la persona se encuentre impedida de interactuar con su entorno por cualquier medio, modo o formato, se prevé la designación de un curador, quien actúa en nombre y representación del incapaz, constituyéndose en este supuesto, en el tradicional sistema de representación sustitutiva de la voluntad. Solo en este último supuesto, podremos hablar de incapacidad, *a contario sensu* de los restringidos en su capacidad, quienes resultan capaces para los actos de la vida civil con excepción de aquellos actos para los cuales

se les haya impuesto un apoyo, quien deberá intervenir conforme las condiciones de la validez impuestas en la sentencia para los mismos.

En el caso de los incapaces, la representación de estos será ejercida por un curador, quien actuará en nombre y representación del incapaz, y será requisito ineludible de validez de todos los actos celebrados por el incapaz, con excepción de la posibilidad de testar en los intervalos lúcidos, conforme lo veremos a continuación y la de contraer matrimonio previa dispensa judicial.

27. El problema de los intervalos lúcidos

Ya en el derecho romano se admitía la existencia de *intervalos lúcidos*, que en el concepto tradicional consisten en remisiones de la enfermedad, durante las cuales se goza de una completa y plena lucidez. Según JUSTINIANO, se trata de un *perfectissimae intervalla* (L. 6, Cód., *De curatore furiosi vel prodigi*); según la clásica expresión de D'AGUESSEAU, "es un día pleno y entero que separa dos noches". VÉLEZ SARSFIELD ha precisado el concepto en la nota al art. 3615 del viejo Cód. Civil: "Los intervalos lúcidos de que hablan las leyes, no es una tranquilidad superficial, una remisión accidental y pasajera del mal. Es preciso que el intervalo lúcido sea una vuelta completa de la razón, que disipe las ilusiones y los errores de que estaba poseído el demente".

Sin embargo, la doctrina psiquiátrica moderna repudia el concepto de intervalos lúcidos y sostiene que solo puede hablarse de curación, a veces temporaria, de la enfermedad. Pero aunque la expresión *intervalos lúcidos* sea discutible y aun incorrecta desde el punto de vista médico, lo cierto es que suelen darse ciertos tipos de enfermedades mentales que alternan períodos de demencia con otros de salud mental. Y aunque la enfermedad se mantenga latente o larvada, resulta evidente que la persona actúa exteriormente con plena lucidez y conciencia. Más aún: puede ocurrir que una persona privada de la razón y declarada incapaz se haya curado; el período que corre entre el momento de la curación y el levantamiento de la interdicción (o de su muerte, si esta se produce antes de la sentencia), debe considerarse también, jurídicamente, como intervalo lúcido. Es evidente, pues, que aun cuando esta expresión sea impropia, tiene un gran interés jurídico, lo que justifica su mantenimiento, como lo han hecho algunos códigos modernos como el de Venezuela, art. 393 y México, art. 1038, entre otros.

El concepto tiene mucha importancia puesto que la ley refiere efectos tales como la validez de los testamentos y la responsabilidad civil por hechos ilícitos a la comprobación de ese estado de lucidez.

Por tales razones, la expresión "intervalos lúcidos", ha sido reiterada en el nuevo Código. En efecto el art. 2467, inc. d), establece la nulidad del testamento otorgado por una persona declarada judicialmente incapaz,

reconociendo no obstante su validez cuando el mismo haya sido otorgado durante intervalos lúcidos lo suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces.

28. Requisitos de la declaración judicial

Establece el art. 31 del Cód. Civ. y Com., en su inc. 1º, que "La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial".

La presunción de capacidad que recae sobre toda persona, incluso aquellas internadas en un establecimiento asistencial, no significa otorgarle a la previsión normativa una extensión que induzca al error de interpretación. Lo que el codificador ha querido significar es que nadie puede estar sometido a interdicción y bajo la representación necesaria de un curador, sin verificación previa de la incapacidad o restricción a la capacidad por el juez competente como para que este haga caer esa presunción de la que se goza. Pero ello no quiere decir, sin embargo, que la incapacidad no declarada judicialmente, no produzca ningún efecto: los actos celebrados por una persona en este estado pueden ser declarados nulos.

Por lo demás, una vez iniciado el proceso de declaración de incapacidad o restricción a la capacidad y antes de la declaración, el juez puede dictar medidas cautelares y en su caso designar el o los apoyos necesarios y determinar los actos en los cuales se requerirá la asistencia, o de corresponder, la representación de un curador (art. 34). Finalmente, la autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuando su estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación (art. 42).

29. Menores de 13 años

El art. 32 dispone que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de 13 años. Pero para los menores de esa edad, carecería de interés público práctico la interdicción, desde que los menores de 13 años se encuentran en un estado similar, aunque no igual, al de los incapaces declarados por sentencia judicial, en lo que atañe a su capacidad.

§ 2.— Proceso de declaración de incapacidad

30. Normas procesales

En materia tan delicada como esta, en la que el juez debe adoptar graves decisiones sobre la capacidad o la interdicción de la persona presuntamente enferma, se justifica que el Código haya establecido algunas normas procesales con el objeto de garantizar la seriedad del

pronunciamiento. Una vez más se pone de manifiesto en este caso la íntima conexión que tienen las normas jurídicas de fondo y de forma. Pero siendo el juicio un problema esencialmente procesal, hemos de limitar nuestro estudio a un breve comentario de las normas contenidas en el Cód. Civ. y Com. y en el Cód. Proc.

31. Quiénes pueden iniciar proceso de declaración de incapacidad o restricción a la capacidad

El nuevo Cód. Civ. y Com. mantiene similares criterios a la anterior codificación, ampliando la nómina de personas en determinados supuestos y restringiéndola en otros. Conforme el art. 33, se encuentran legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y capacidad restringida:

32. a) El cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado

Este supuesto, si bien elimina el cónyuge no divorciado, incorpora la figura del conviviente, mientras la convivencia persista, equiparando las uniones de hecho para la legitimación activa. Asimismo, ponderamos la eliminación del cónyuge no divorciado, por resultar una redundancia, atento que la enunciación del cónyuge alcanza estrictamente a los casos en que el vínculo subsiste. Diferente es el caso del cónyuge no separado de hecho, en donde la cuestión no es la subsistencia del vínculo matrimonial sino la cesación de la convivencia, requerida para legitimar al solicitante.

33. b) Los parientes consanguíneos hasta el 4º grado y afines hasta el 2º grado

El nuevo Código subsana un punto sobre el que nos manifestáramos críticamente en su momento, respecto del art. 144 del Cód. Civil. En tal sentido el art. 33 del Cód. Civ. y Com. limita la posibilidad de iniciar la acción de interdicción a los parientes consanguíneos dentro del 4º grado y a los afines dentro del 2º. De esta manera queda definido legalmente el alcance de la legitimación en cuanto a grado y calidad de vínculo.

Tampoco cabe ninguna distinción entre parientes capaces e incapaces. En este último caso, la denuncia debe ser hecha por el representante legal, el cual no necesita para eso contar con la autorización judicial.

Pero el derecho de iniciar el juicio se encuentra limitado a estos parientes, puesto que no se justifica en modo alguno reconocer ese derecho a los más lejanos, que carecen de derechos hereditarios (arts. 2438 y 2439, Cód. Civ. y Com.), y cuyos vínculos afectivos con la familia son remotos. Es verdad que a veces se da el caso de parientes lejanos cuya vinculación y afecto recíproco son mucho más estrechos que el de otros más cercanos. Pero en este caso, el afecto se funda en la amistad

y no en el parentesco; y, como hemos de verlo, la amistad no es título suficiente para iniciar el juicio de declaración de incapacidad o de capacidad restringida. Queda siempre al pariente lejano y al amigo el derecho de presentarse ante el Defensor de Menores, solicitando su intervención para promover el juicio.

La denuncia puede ser hecha por cualquiera de los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado y afines hasta el 2º grado, aunque haya otros más próximos. En efecto: la ley se propone, en primer término, la protección del afectado, y no sería razonable que la indiferencia y la incuria, quizá culpable, de los más allegados, perjudicase al incapaz y afectara los eventuales derechos sucesorios de sus otros parientes.

34. c) El Ministerio Público

El Ministerio Público, en ejercicio de su función tutelar de los incapaces, no solo es parte en los juicios de declaración o restricción a la capacidad, sino que tiene facultades para iniciarlo.

Su intervención está prevista en el art. 103, consignándose a esta como principal o complementaria.

Será complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, sancionando con la nulidad del acto, cuando no tomase intervención, aunque contare con representante legal.

A su vez, la intervención del Ministerio Público será en carácter de principal ante la falta o inacción de los representantes en los procesos judiciales. En el ámbito extrajudicial tomará intervención ante la ausencia, carencia o inacción de estos.

También deberá estar presente en la audiencia prevista por el art. 35, junto al menos a un letrado que preste asistencia al interesado.

Se ha discutido si puede iniciar el juicio de declaración de incapacidad de uno de los cónyuges, ante la inacción del otro. En un viejo fallo de la Cámara Civil de la Capital, el problema se trató extensamente, pronunciándose el Tribunal en contra de la intervención del Ministerio Público en tales casos. Además de algunos argumentos derivados de la incapacidad de la mujer casada, que han perdido vigencia en la actualidad, se sostenía que no había interés alguno en que un órgano estatal, como es el Ministerio Público, violase la intimidad del hogar para indagar miserias que no existe interés alguno en exhibir y que la familia oculta piadosamente. Un criterio similar ha inspirado otros fallos posteriores que negaron al Defensor de Menores la facultad de proseguir el juicio iniciado por el cónyuge que después desistió de su acción.

Por nuestra parte, creemos que este punto de vista ha quedado superado en el derecho moderno. El Ministerio Público no puede declinar

su función protectora en el caso de que la persona tenga cónyuge u otros parientes que descuiden, tal vez interesadamente, sus deberes. No hay razón alguna para temer la intromisión injustificada del Defensor de Menores en la intimidad del hogar; este funcionario puede muy bien discernir entre aquellos casos en que no existe interés en obtener la declaración judicial de incapacidad, porque el enfermo carece de bienes y porque se halla tratado con cariño y esmero por su familia, y aquellos otros en que puede ser víctima de la codicia o del desapego de sus parientes. En los primeros, es natural que se respete el sentimiento de piedad y pudor que induce a no denunciar judicialmente la incapacidad; pero en los otros, el Ministerio Público debe, aun contra la oposición del cónyuge, adoptar todas las medidas necesarias en protección del enfermo. Y si se le reconoce el derecho de iniciar el juicio, con tanta mayor razón debe admitirse su facultad para proseguir uno comenzado por los parientes y posteriormente desistido. Por este criterio se ha inclinado nuestra jurisprudencia más reciente, así como también la doctrina nacional. En el Cód. Civil italiano, una vez iniciado el juicio de interdicción o inhabilitación, el juez, aun de oficio, puede declararla (art. 418).

35. d) El propio interesado

Este supuesto no estaba previsto en la derogada legislación, resultando novedosa su incorporación al texto legal. Debemos recordar el fin tuitivo del proceso de declaración de restricción a la capacidad o incapacidad, y, por ello, no sorprende que pueda ser el propio interesado quien reconozca la necesidad de amparo judicial y así lo solicite.

36. Orden de prelación

El art. 33 no establece ningún orden de prelación entre las distintas personas que pueden iniciar el juicio de declaración de incapacidad o de capacidad restringida. En consecuencia, cualquiera de ellas puede hacerlo, aunque existan otras enumeradas en primer término por el Código.

37. Carácter de la enumeración legal

En principio, la enumeración del art. 33 debe considerarse limitativa, vale decir, no puede reconocerse el derecho de iniciar el juicio de declaración de incapacidad o de capacidad restringida sino a las personas indicadas en aquel precepto. Por consiguiente, no debe admitirse la denuncia hecha por los socios, acreedores, amigos o mandatarios, no obstante que el interés —sea económico o simplemente afectivo— de estas personas en la interdicción resulta evidente. Es claro que a ellas les queda la posibilidad de hacer la denuncia ante el Ministerio de Menores, a fin de que este inicie el proceso de declaración de incapacidad o restricción a la capacidad.

Pero el principio de que la enumeración del art. 33 es limitativa, no debe interpretarse en forma tan rigurosa que impida reconocer el derecho de iniciar el juicio al tutor, aunque no sea pariente, pues su deber de velar por su pupilo lo obliga, en ciertos casos, a hacer la correspondiente denuncia.

38. La denuncia en principio es facultativa

Un problema de gran interés es el de si la denuncia de incapacidad es obligatoria o simplemente facultativa, para las personas enumeradas en el art. 33.

Entendemos que la cuestión no puede ser resuelta de una manera general y absoluta. Si el enfermo necesita amparo para su persona o posee bienes, la denuncia es un deber y no solamente un derecho; y tan es una obligación, que el Cód. Civ. y Com. reputa indigno del derecho de sucesión al pariente del difunto que no lo hayan recogido en un establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo (art. 2281, inc. c]). Pero si el que padece una alteración mental o adicción no posee bienes y está cuidado con afecto por su familia o por personas de su amistad, la denuncia deja de ser obligatoria, porque en tal caso no existe interés jurídico en la comprobación judicial de la enfermedad.

Esta conclusión es válida no solo respecto de los parientes, sino también del Ministerio de Menores.

39. Juez competente

Es competente para entender en el juicio de incapacidad o de capacidad restringida el juez del domicilio o del lugar de internación de la persona en cuyo interés se lleve adelante el proceso (art. 36, Cód. Civ. y Com.). El nuevo Código ha extendido la competencia territorial al juez del lugar de su internación, supuesto que no se encontraba previsto en la antigua legislación. Se comprende la practicidad de esta introducción de manera que los legitimados a instar el proceso podrán optar por el juez del lugar de internación o bien por el del domicilio del enfermo. Sin lugar a dudas la ampliación de los supuestos de competencia territorial responde al principio del acceso a la justicia eficaz.

40. Medidas cautelares

El art. 34 del Cód. Civ. y Com. establece que "durante el proceso el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador". Así también el juez puede designar redes de apoyo o bien a otras personas para que actúen en las funciones que específicamente se determine.

Iniciado el proceso el juez deberá tomar todas aquellas medidas necesarias para salvaguardar tanto los derechos personales como los de carácter patrimonial del interesado. Podemos decir entonces, que esta previsión excede los límites netamente patrimoniales de la acción del curador *ad litem* previsto en el viejo Cód. Civil. El juez deberá tomar medidas también de carácter personal, por ejemplo, todas aquellas referidas al ejercicio de la responsabilidad parental, si es que los menores no tuvieran a su otro progenitor en ejercicio de ella.

La normativa está dirigida, entonces, a proteger tanto a los derechos patrimoniales del interesado, como a salvaguardar sus derechos personales. A tales efectos, deberá determinarse qué actos requieren la asistencia de uno o más apoyos y cuáles la intervención de un curador en carácter de representante.

Debe tenerse presente que las reglas generales de restricción al ejercicio de la capacidad imponen una severa limitación al magistrado en cuanto al dictado de medidas que pudieran exceder lo estrictamente necesario para la tutela efectiva del interesado, sin invadir o restringir sus libertades.

41. Las partes en el juicio: el propio interesado. Intervención del Ministerio Público

Hasta la sanción de la ley 14.237 los tribunales de la Capital le negaban carácter de parte en el proceso, tanto al "insano" como al denunciante, sin perjuicio de reconocerle al primero algunos derechos tales como recusar al juez, deducir la excepción de incompetencia de jurisdicción, aportar pruebas y apelar la sentencia que lo declaraba insano. El denunciante solo podía intervenir a los efectos de aportar al juicio todos los elementos útiles como para formarse un criterio acerca del estado de salud mental o del peligro que corrían los intereses personales o pecuniarios del presunto enfermo.

La ley 14.237 modificó estos principios jurisprudenciales. Reconoció carácter de parte al cónyuge, a los ascendientes y descendientes, a los hermanos (art. 69), al curador y al presunto insano (art. 74). Pero el dec. 23.398/1956 volvió al régimen anterior. En el juicio solo eran parte el curador *ad litem* y el Asesor de Menores. El Cód. Proc. ha dado un nuevo paso en este *corsi e ricorsi*. Son parte el denunciante, el presunto insano, el curador provisional y el Asesor de Menores (arts. 632 y 633).

No obstante este avance en la legislación de forma, el Cód. Civ. y Com. unifica este criterio, sustrayendo del arbitrio de la legislación local la regulación de estos supuestos, e incorporando al propio interesado como parte en el proceso, en su art. 36.

La intervención del interesado deberá contar con asistencia letrada, previendo que para el caso de que el mismo no cuente con abogado particular, se le designará uno conforme las garantías del debido proceso.

Asimismo, el interesado podrá aportar todas las pruebas que hagan a su defensa.

42. Entrevista personal

Prevé el art. 35 una entrevista personal del interesado con el juez que lleve adelante el proceso. Esta tiene por finalidad garantizar el principio de inmediatez y deberá ser realizada previo al dictado de cualquier resolución del tribunal interviniente.

Asimismo se requiere la presencia del Ministerio Público, intervención de carácter complementario, conforme lo estipula el art. 103, y un letrado que preste asistencia al interesado.

La entrevista, conforme los principios generales que rigen la capacidad de las personas, deberá asegurar la accesibilidad y los ajustes del procedimiento a la situación del protegido.

43. Sentencia

El art. 37 contempla determinadas cuestiones con referencia a la situación médica y personal del interesado, sobre las cuales el pronunciamiento no las puede omitir. La decisión judicial deberá contemplar:

a) Diagnóstico y pronóstico, Aquí se ve claramente la intervención estatal interdisciplinaria, a la que hace referencia el inc. c) del art. 31.

b) Época en que se manifestó. Fijar esta fecha tiene vital importancia respecto de los actos celebrados con anterioridad a la sentencia que se pretendan impugnar, resultando esta un importantísimo elemento de prueba.

c) Recursos personales, familiares y sociales existentes y con los que cuenta el enfermo.

d) Régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. Esta previsión está fundamentalmente ligada al principio consagrado en el art. 31, inc. b), que establece que *las limitaciones son excepcionales y en beneficio de la persona.* También establece un sistema de apoyos en el art. 43. Por ello es que, junto con la red social familiar y personal descripta en el apartado anterior, que otorga contención y ayuda al enfermo y el sistema de apoyos previsto, se proporciona un sustento tuitivo, que permite la toma de decisiones sin avasallar su autonomía.

Por último, señala dicho artículo la exigencia indispensable del dictamen de un equipo interdisciplinario.

44. Alcances de la sentencia

La sentencia debe determinar la extensión y el alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan. La norma contiene nuevamente la prescripción de la menor limitación posible a la autonomía.

Conforme lo mencionáramos anteriormente, los restringidos en su capacidad, son personas capaces para la vida civil, con las específicas limitaciones que establezca la sentencia que los declara como tales. Estas limitaciones son las que se infieren del art. 38, en su primera parte, que señala la necesidad de determinar el alcance y extensión de la restricción, debiéndose especificar las funciones de los apoyos y los actos que se limitan.

Asimismo, deberá prever la designación de los apoyos y curadores, y las condiciones de validez de los actos sobre los que pesa restricción con indicación de quienes intervendrán y modalidad de su intervención. Esta segunda parte del artículo, de carácter subjetiva, refiere a la actuación del o de los apoyos, o curador en su defecto.

Debemos reiterar que, siendo el régimen de restricción a la capacidad, preponderantemente variable y adaptable a la persona, la modalidad de actuación cambiará de caso en caso; pudiendo encontrar aún para un mismo tutelado, distintos tipos de actuaciones de los apoyos, dependiendo del acto jurídico de que se trate.

45. Revisión de la sentencia

Prevé el art. 40 del Cód. Civ. y Com. la revisión de la sentencia. Este instituto, que había sido introducido en la antigua legislación para los inhabilitados, se aplicaba por extensión a las sentencia de rehabilitación de los declarados dementes. Si bien el supuesto de los declarados dementes no contaba con una previsión normativa específica, la jurisprudencia, con buen criterio, lo había hecho extensivo a ambos supuestos.

El Código contempla la revisión de oficio de la sentencia cada tres años, como plazo máximo, debiendo mediar nuevamente un informe interdisciplinario y una entrevista personal con el incapaz o restringido en su capacidad.

En caso de que la revisión no haya sido cumplimentada en el plazo previsto, el Ministerio Público deberá fiscalizar su cumplimiento efectivo. Este supuesto guarda relación con las obligaciones del Ministerio Público previstas en el art. 103. Para el caso y ante la inacción del curador del incapaz o su representante legal en juicio, su actuación revestirá el carácter principal.

A su vez, está contemplado el pedido de revisión por parte del interesado, el cual no está sujeto a ningún plazo, pudiendo solicitarlo en cualquier momento.

§ 3.— Efectos de la declaración de incapacidad y restricción a la capacidad

A.— Incapacidad

46. Designación de curador

La declaración de incapacidad convierte a quien adolece un padecimiento mental o una adicción bajo las condiciones señaladas en un incapaz *de jure*: queda interdicto. No así, en cambio, los declarados con capacidad restringida, quienes mantienen su capacidad para todos aquellos actos sobre los que no pese esta restricción.

El art. 44 expresa que a partir de la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, los actos que contraríen lo dispuesto en ella serán nulos.

Para el cuidado de su persona y de sus bienes, al declarado incapaz se le designa un curador (art. 32) y para quienes se les declare la restricción a la capacidad, se les designará uno o más apoyos para los actos en los cuales se hallen limitados, con la indicación específica del modo de actuación de estos (art. 38).

La institución de la curatela, sus efectos, las obligaciones y derechos que engendra, son materia propia del derecho de familia, al cual remitimos.

47. Actos celebrados por el declarado incapaz o con capacidad restringida

En el estudio de los efectos de la declaración de incapacidad y restricción a la capacidad realizados por el incapaz o con capacidad restringida, es necesario distinguir los anteriores y los posteriores a la registración de la sentencia.

Este requisito, la registración de la sentencia, ha sido incorporado al ordenamiento jurídico con el nuevo código. En el viejo Cód. Civil la validez de los actos estaba dada por el dictado de la sentencia definitiva.

El art. 39 prevé la registración de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Resulta evidente la necesidad de la anotación marginal en el acta de nacimiento del declarado incapaz o con capacidad restringida, como presupuesto para la declaración del acto nulo, por cuanto el régimen de restricciones a la capacidad, se corresponde con un sistema particularizado y absolutamente variable de sujeto a sujeto, en el cual las condiciones de validez de los actos y las

distintas modalidades de actuación del o los apoyos designados, responderán a las necesidades particulares de cada caso concreto. Por ello, y a fin de salvaguardar la seguridad jurídica en el tráfico comercial, la sentencia deberá ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

48. a) Actos anteriores a la inscripción

Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia son, en principio válidos, por cuanto los efectos de la sentencia son oponibles a terceros recién a partir de su registración, con la salvedad efectuada en el art. 45.

Si bien ha variado el punto de partida para la nulidad de los actos previos a la declaración de incapacidad o restricción a la capacidad, en la actualidad es al momento de la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, cuando en el anterior lo era en el momento del dictado de la sentencia, manteniendo el régimen de impugnación un similar criterio.

Para que proceda la nulidad de los actos celebrados por un incapaz o por uno que tiene su capacidad restringida antes de la inscripción de la sentencia, debe primeramente existir un perjuicio para ellos. Comprobado este extremo debe concurrir alguno de los siguientes elementos: a) que la enfermedad mental fuese ostensible al momento de la celebración del acto; b) que quien contrató era de mala fe; c) que el acto era a título gratuito.

De lo que se trata, es de garantizar la seguridad del comercio jurídico: quien contrata de buena fe y a título oneroso con una persona adulta, debe estar protegido contra el peligro de que luego se declare la nulidad del acto. De lo contrario, no habría seguridad en los negocios. Por ello, y a fin de evitar la nulidad arbitraria que pueda perjudicar a terceros de buena fe, es que se exige el perjuicio al incapaz. De esta manera se evita que movido por un interés económico mayor se pueda solicitar la nulidad de actos celebrados por incapaces con terceros de buena fe, que no hayan causado al incapaz perjuicio alguno.

Pero, reiteramos, se exige buena fe. Por ello, basta la enfermedad mental, aunque no tuviera pública notoriedad, si tenía conocimiento de ella la persona que contrató con el incapaz. Pero si la enfermedad era pública, el acto es nulo aunque el otro contratante no la hubiera conocido o no se hubiera dado cuenta de ella; en otras palabras, la notoriedad de la enfermedad hace presumir la mala fe de la otra parte, sin que se admita prueba en contrario.

La ley no protege los contratos a título gratuito; respecto de ellos, basta probar la incapacidad o la capacidad restringida, aunque no sea notoria. Está bien que así sea. Cuando se protege al adquirente a título oneroso,

lo que está en juego, ya lo dijimos, es la seguridad de los negocios, del comercio jurídico. Pero este fundamento no existe en los actos a título gratuito. El tercero contratante no da nada a cambio de lo que recibe. Es justo en este caso que la ley ampare al incapaz aun no declarado y no a quien se ha beneficiado indebidamente con el acto de un enfermo mental.

Se ha declarado que si la prueba de la enfermedad mental fuera dudosa, hay que inclinarse por la validez del acto; así lo exige una elemental razón de buen sentido.

49. b) Actos posteriores a la inscripción

Los actos realizados por el incapaz o con capacidad restringida contrariando lo dispuesto en la sentencia, con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado y Capacidad Civil, son nulos (art. 44).

La actual codificación reproduce el criterio de la primitiva regulación, previendo la nulidad de dichos actos, sin excepciones tal como estaba previsto en el viejo Cód. Civil.

En la codificación velezana con la modificación de la ley 17 711, los actos de los declarados dementes posteriores a la declaración eran en principios nulos. Por consiguiente, debía ser el tercero contratante quien requería probar que esa nulidad no le era oponible, y para ello debía acreditar que la demencia no era notoria y que el acto fue oneroso. No necesitaba probar la buena fe, porque esta se presumía; pero el representante o los sucesores del insano (o este mismo, si hubiera curado) podían excepcionarse demostrando la mala fe del tercero, es decir, que este tenía conocimiento de la demencia, aunque ella no fuera notoria.

Todo este sistema ha sido abandonado en la actual legislación, que retornando a aquel que privilegia la situación de los incapaces, declara nulos los actos celebrados con posterioridad a la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado y Capacidad Civil de las Personas.

Hay que agregar que, por excepción, los privados de la razón deben reputarse capaces para celebrar lo que nosotros hemos llamado *pequeños contratos*: comprar al contado mercaderías de poco valor, tales como cigarrillos, golosinas, pan; contratar su propio transporte en los medios colectivos de pasajeros, tranvías, ómnibus, etc.; comer y beber en confiterías y restaurantes; adquirir entradas para espectáculos públicos, teatros, cinematógrafos, etc.

Estos contratos, que considerados aisladamente tienen escaso valor económico, pero en su conjunto son de importancia fundamental en la vida en sociedad, pueden ser válidamente realizados por las personas disminuidas en sus capacidades psíquicas.

En cuanto a los testamentos otorgados con posterioridad a la declaración de incapacidad durante un intervalo lúcido, nos remitimos al nro. 405.

50. c) Actos celebrados durante el proceso de declaración de incapacidad

Una situación singular se presenta durante el trámite del juicio de declaración de incapacidad, cuando dentro de las medidas cautelares a las que se halla facultado de tomar el juez interviniente, ha designado uno o más apoyos o un representante. La actuación de estos dentro de las condiciones de validez de los actos, hacen a su eficacia.

Cundo el presunto incapaz no está todavía declarado incapaz o con capacidad restringida, pero ha sido separado de la administración de sus bienes al designársele representante o apoyos, los actos que realice, como no es posible reconocer simultáneamente la validez de los actos del curador o de los apoyos y del presunto insano, forzoso es admitir que adolecen de nulidad. Es decir, estos actos se encuentran en igual condición que los celebrados por el incapaz después de la declaración de incapacidad.

La cuestión se presenta aquí por cuanto el punto de partida para la diferenciación entre actos anteriores y posteriores al dictado de sentencia no está determinado por el dictado de esta, sino por su registración, estas medidas cautelares tornarán nulos los actos cuando fuesen realizados contrariándola, y causa la nulidad de aquellos, una vez que la sentencia se encuentra registrada.

No tendría sentido imponer la nulidad de los actos vedados en la sentencia definitiva una vez que esta haya sido registrada, y no imponer la nulidad de los actos vedados en las medidas cautelares, durante el transcurso del proceso. Confluirían dos regímenes de eficacia para los actos celebrados por el incapaz, durante y después del proceso con diversas consecuencias.

No nos referimos en cuanto a los actos celebrados durante el proceso, a aquellos referidos a la órbita estrictamente patrimonial, ya que las medidas cautelares previstas en el art. 34, no solo tienen injerencia en el ámbito patrimonial sino que abarcan también cuestiones extrapatrimoniales de las que el tutelado haya sido separado de su realización. En todos los demás actos no comprendidos dentro de las medidas cautelares dictadas, el presunto incapaz conserva su capacidad hasta la sentencia que lo declara tal.

La nulidad de los actos otorgados por el presunto incapaz debe reputarse sujeta a una condición resolutoria: si luego la sentencia lo

declara sano, los actos realizados durante el proceso son plenamente válidos.

51. Prueba de la fecha

El acto otorgado por una persona luego declarada incapaz, ¿prueba la verdad de su fecha? Algunos autores se inclinan por considerar que si el acto no adquiere fecha cierta anterior a la demanda, debe reputarse nulo, pues de lo contrario es muy sencillo hacer firmar a un loco un documento antedatado, con lo que se podría consumar su despojo. Pero ha prevalecido, con razón, el sistema contrario. La fecha cierta juega solo respecto de terceros, y aquí se trata de las partes. Y no es posible que por evitar el peligro de antedatar un acto, se caiga en otro mayor: convertir en impugnables todos los documentos suscriptos por una persona cuerda que luego enferma. Sin perjuicio, claro está, del derecho del incapaz, del que tiene su capacidad restringida, su curador o herederos, de demostrar que la fecha que consta en el documento es falsa, para lo cual debe admitirse todo género de pruebas.

52. Carácter de la nulidad

Los actos celebrados por un incapaz o restringido en su capacidad, después de la inscripción de la sentencia definitiva, son nulos (art. 44); así como también aquellos celebrados con anterioridad que reúnan los requisitos enunciados en el art. 45.

En nuestra doctrina se plantearon divergencias en relación con las nulidades de los actos celebrados por un incapaz o uno con capacidad restringida, discrepando si la nulidad es absoluta o relativa. Algunos autores han sostenido que la nulidad es siempre absoluta, hayan sido los actos celebrados con anterioridad o con posterioridad a la sentencia de interdicción. Para otros, los actos celebrados después de la sentencia adolecían de nulidad absoluta; en cambio, los anteriores o los que realizaran los otrora dementes no declarados como tales, eran relativamente nulos. Finalmente, una tercera opinión sostenía que la nulidad tenía siempre carácter relativo.

Por nuestra parte, en dicha oportunidad adherimos sin vacilaciones a esta última tesis. Hoy, el art. 386 del Cód. Civ. y Com. trata el punto en cuestión despejando toda posibilidad de duda, estableciendo que "Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas". Es indiscutible que la nulidad establecida por la ley respecto de estos actos, tiene por fin tutelar los intereses del incapaz y en su beneficio se establece. Y si el contrato celebrado por este, haya sido o no declarado incapaz, resulta conveniente a sus intereses, ¿por qué razón no ha de poder confirmarse? ¿Cómo se justificaría que el juez, aun de

oficio, declarase la nulidad de un acto que resulta beneficioso para el tutelado? Debemos tener presente que el art. 45 establece como requisito *sine qua non* para la procedencia de la acción de nulidad, la existencia de un perjuicio para el incapaz. Esto, sin duda, refuerza el carácter tuitivo de la pretensión.

A su vez, y despejando toda duda, el art. 388 señala: "La nulidad relativa solo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece" y continúa *in fine*, "La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo".

Las nulidades absolutas tienen siempre un fundamento de orden público; la ley autoriza al juez a que las declare de oficio porque la sociedad no puede tolerar que se mantenga vigente un acto que resulta repugnante a la moral, a las buenas costumbres, a las leyes imperativas. Si, por vía de ejemplo, se tratare de un contrato en que se ha constituido una sociedad con fines ilícitos, el acto no podría confirmarse jamás y el juez debe declarar su invalidez, cualquiera que sea la voluntad de las partes, porque hay algo repugnante al orden jurídico, cuyo mantenimiento no puede tolerarse. No es este, por cierto, el caso de los actos celebrados por los incapaces, que, conforme el art. 388, pueden o bien ser saneados mediante su confirmación o bien por la prescripción de la acción.

53. El caso de matrimonio

El art. 403, inc. g), prevé dentro de los impedimentos matrimoniales "la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial".

No obstante, la enunciación general de este impedimento, el art. 405 del mismo cuerpo legal, prevé la posibilidad de contraer matrimonio previa dispensa judicial.

La dispensa judicial será otorgada si se encuentra acreditada la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y la aptitud de la vida de relación. Es decir, que la dispensa judicial, no actuará como sustitutivo de la aptitud, sino que está destinada a comprobar la inexistencia del impedimento mismo, es decir, la falta de comprensión del acto.

Asimismo se exige, la realización de una audiencia personal del incapaz con el magistrado, pudiendo requiriese la presencia de su curador o sus apoyos.

54. Intervalos lúcidos: el testamento

La cuestión de los intervalos lúcidos, a la que ya nos hemos referido, presenta una singular importancia en materia testamentaria. En efecto; el art. 2467, inc. c) dispone que será nulo el testamento otorgado por una persona privada de la razón al momento de testar, debiendo ser

acreditado este extremo por quien impugna el acto. *A contrario sensu*, el inciso siguiente prevé excepcionalmente la validez del testamento otorgado por una persona declarada incapaz, siempre que este haya sido otorgado en un intervalo lúcido lo suficientemente cierto y prolongado como para asegurarse de que la enfermedad ha cesado por entonces.

La doctrina nacional se hallaba profundamente dividida acerca de la interpretación del art. 3615 del Código de Vélez, el cual disponía: "Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes solo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces". Para unos, la norma solo se refería a los "dementes de hecho", vale decir, a los no interdictos. Para otros, en cambio, aludía tanto a los declarados como a los no declarados dementes.

El Código vigente regula ambos supuestos separadamente. En el caso de los incapaces no declarados, se deberá demostrar la enfermedad mental al momento de testar. En el caso de los que se encuentren declarados incapaces o restringidos en su capacidad para testar, deberá probarse que se encontraban en un intervalo lúcido.

De esta manera ha quedado zanjada la discusión doctrinaria respecto del alcance de la normativa, en cuanto a la validez de las disposiciones testamentarias, por parte de los incapaces declarados y no declarados.

En consecuencia, el declarado incapaz tiene limitada su posibilidad de actuación. En definitiva no puede celebrar contratos, ni reconocer hijos extramatrimoniales. Sin embargo, si el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales fuera hecho por testamento, sería válido. Del mismo modo en relación con el declarado con capacidad restringida en la medida del alcance de la sentencia respecto de estos actos.

55. Responsabilidad contractual

Está fuera de cuestión que los actos celebrados por los declarados incapaces o restringidos en relación con lo dispuesto en la sentencia son nulos, aunque con la importante excepción del art. 45. Pero cabe preguntarse si tratándose de un contrato válido, sea por haberse celebrado antes de la enfermedad, por haberlo suscripto el curador, etc., el incapaz o restringido es responsable por la inejecución de las obligaciones.

Aquí se impone distinguir entre diversos tipos de obligaciones:

a) Las que pueden ser cumplidas por el representante legal a nombre del incapaz, como, por ejemplo, pagar una suma de dinero. Aquí la responsabilidad surge del mero incumplimiento; no se requiere dolo ni culpa. El incapaz responde.

b) Las que exigen una actuación personal ineludible del incapaz, por ejemplo, la obligación de pintar un retrato. Es claro que la enfermedad mental del pintor debe reputarse un caso fortuito eximente de responsabilidad.

c) Las que imponen un *deber general de prudencia y diligencia*. También en este supuesto debe eximirse de responsabilidad al incapaz, de quien no cabe pedir que cumpla con un deber.

Estas reglas son de aplicación tanto a los incapaces declarados como a los que no lo están.

56. Responsabilidad por hechos ilícitos

Como principio, los privados de la razón carecen de responsabilidad por los perjuicios que causaren por sus hechos ilícitos, salvo que sean realizados en un intervalo lúcido, estén o no declarados incapaces (art. 261).

Esta solución es congruente con el fundamento exclusivo que en nuestro viejo Código tenía la responsabilidad civil, que según el principio general del art. 1067 debía basarse en el dolo o culpa del autor del hecho. Y como los actos realizados por los antes llamados dementes se reputaban sin discernimiento (art. 921), y eran, por consiguiente, involuntarios (art. 1070), resultaba natural que no surja de ellos ninguna responsabilidad.

Pero, por muy lógica que resultara esta solución, según el sistema del viejo Código, es preciso reconocer que resultaba muy injusta. Un ejemplo, ya clásico en la literatura jurídica, lo demuestra: un demente millonario mata con su automóvil, a causa de su manejo imprudente, a un padre de familia pobre, único sostén de su mujer e hijos. La justicia de que se lo obligue a pagar la indemnización resulta en este caso a todas luces evidente. En el sistema del viejo Código se quiso suplir esa irresponsabilidad con la responsabilidad del curador (art. 1117 derogado); pero el remedio no siempre era eficaz, porque los dementes no declarados no tienen curador, y en cuanto a los interdictos, a veces el curador queda exento de culpa (lo que ocurre siempre que probare que le ha sido imposible impedir el hecho ilícito de su curado, art. 1116 del Código de VÉLEZ), y, otras veces, su solvencia puede no ser suficiente para cubrir la indemnización de los daños y perjuicios.

La ley 17.711 introdujo en su momento dos reformas capitales que cambiaron fundamentalmente el sistema del Código. La regla de la irresponsabilidad de los denominados dementes se mantenía en pie, pero se admitieron dos excepciones que manejadas con amplitud y generosidad por los jueces, lograron cubrir e invalidar, por lo menos en gran extensión, aquella regla. Este sistema, introducido por dicha reforma,

quebrantaba la irresponsabilidad de los dementes, otorgando una indemnización basada en la equidad y la responsabilidad emergente de los daños ocasionados con las cosas cuya responsabilidad no radicara en la responsabilidad personal de su dueño, sino en el riesgo mismo de la cosa, a través de la introducción del elemento objetivo de atribución de responsabilidad civil, también llamado deber de seguridad.

Este esquema embrionario, lo suficientemente ambicioso para regir sin falencias a lo largo de varias décadas, hoy ha sido recogido en la actual codificación, ampliado su desarrollo y sustituyendo por completo el primitivo diseño pergeñado por VÉLEZ SARSFIELD.

De esta manera, la irresponsabilidad de los "dementes", siguiendo el marco inicialmente trazado por la reforma de la ley 17.711, quedó plasmado en la nueva codificación de la siguiente manera:

a) Actos involuntarios: el art. 261 reconoce como involuntarios por falta de discernimiento los actos celebrados por personas privadas de su razón al momento de realizarlo. Esta previsión normativa debe ser interpretada en conjunto con el art. 1.750, que prescribe la responsabilidad de los actos involuntarios: "el autor de un acto involuntario responde por razones de equidad". Esta responsabilidad por los actos involuntarios realizados por quien se halle privado de la razón, podrá ser atenuada si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho (art. 1742). Vale decir, que el resarcimiento resulta no tanto del hecho en sí mismo, sino en razón de equidad. Es un arbitrio al que se ha apelado, a semejanza de otras legislaciones (Cód. Civil alemán, art. 829; italiano, art. 2047; portugués, art. 489; ley belga del 16 de abril de 1935; Código polaco, art. 143; peruano, art. 1977; venezolano, art. 1187; paraguayo, art. 1850; suizo, art. 54), para resolver conforme a justicia los casos en que la privación de indemnización es especialmente irritante, como ocurre cuando la persona privada de la razón es rica y la víctima pobre. Si, por el contrario, la víctima es rica y el autor del hecho pobre, no habrá indemnización. Entre estos dos extremos cabe una serie de gradaciones, que permiten al juez moverse con gran flexibilidad para fijar la indemnización equitativa teniendo en cuenta los patrimonios del autor del hecho y de la víctima.

b) Respecto a la atribución de responsabilidad basada en factores objetivos, que fuera incorporada por la ley 17.711 al Cód. Civil, en el Código actual logra un pleno desarrollo, alcanzando incluso a supuestos otrora supeditados a factores subjetivos. Así, el art. 1722 delinea claramente el factor de atribución: es objetivo, porque *la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad.* Así los privados de la razón deberán responder objetivamente cuando los daños sean causados, a modo de ejemplo, por el riesgo o vicio de la cosa de las cuales

resultaran dueños, idéntico resultado para el caso de los daños causados por animales de su pertenencia.

Es, pues, una responsabilidad sin culpa, que compromete al dueño de la cosa riesgosa o viciosa. El declarado incapaz responderá, no ya como autor del hecho, sino como dueño o guardián de la cosa con que se hizo el daño.

Cabe agregar que ya antes de la sanción de la ley 17.711, y con el buen propósito de escapar a la justicia del principio de la irresponsabilidad de los dementes, la sala E de la Cámara Civil de la Capital había resuelto que quien no obstante su deficiente estado de salud se impone dietas excesivas y un régimen de vida anormal que lo lleva a un estado de demencia en el cual comete un hecho delictuoso, responde civilmente, pues hay evidente analogía con la embriaguez provocada.

B.— Internación

57. En qué casos procede

Otra consecuencia posible de la declaración de incapacidad es la internación del enfermo. Pero esta medida sin su consentimiento, solo puede tomarse en los casos en que se verifique el cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 41 y la legislación especial.

Se trata, pues, de una resolución de carácter excepcional, que solo procede en caso de que sea estrictamente indispensable, teniendo en mira la protección del enfermo o de terceros, por tiempo limitado y sujeta a revisión periódica.

La internación no solo procede una vez declarada la restricción a la capacidad o la incapacidad; el juez podrá disponerla previamente, cuando se verifique la comprobación de los requisitos enunciados en el art. 41 del Cód. Civ. y Com. y los recaudos previstos en la legislación especial (ley 26.657, de Salud Mental). Más aún, incluso las autoridades policiales pueden disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas cuyo estado no admita dilaciones y se encuentren en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación (art. 42).

58. Requisitos para que proceda la internación

Aunque el estado del enfermo no justifique la declaración de incapacidad, el juez puede disponer la internación de la persona con padecimiento mental, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

a. Debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario, que justifique la medida y la ausencia de alternativas eficaces menos restrictivas de su libertad.

b. La existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros.

c. Debe ser supervisada periódicamente y aplicada por el menor tiempo posible por ser un recurso terapéutico de carácter restrictivo.

d. Deberá garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho a ejercer su defensa mediante la asistencia jurídica de un letrado.

e. La sentencia que dispone la internación de la persona debe contener su finalidad, duración y con qué periodicidad debe hacérsele una revisión.

A su vez, la ley 26.657, ha reglamentado minuciosamente las disposiciones a que debe ajustarse la internación y las medidas impuestas para que esta no se prolongue más allá de lo indispensable.

Así prevé en su art. 16 que "Toda disposición de internación, dentro de las 48 horas, debe cumplir con los siguientes requisitos:

Evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra;

Búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar;

Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda".

En tal sentido es admisible la internación cuando se den los siguientes presupuestos: a) que exista una orden judicial; b) que sea el propio interesado el que lo pida o su representante legal; c) por disposición de la autoridad policial en los supuestos y con los recaudos establecidos en el art. 42 del Cód. Civ. y Com.

La Ley de Salud Mental hace una sensible distinción entre la internación voluntaria e involuntaria del paciente, siendo las exigencias en este último supuesto, mucho más rigurosas. No obstante, tanto en uno como en otro caso, se debe tener presente que la Ley de Salud Mental establece que "La internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social" y agrega: "La internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios".

Si la internación fue a pedido del propio interesado podrá decidir en cualquier momento su externación, pero si se prolongare por más de 60 días, deberá comunicarse al juez, quien decidirá si continúa bajo el carácter de voluntaria o involuntaria. Ahora bien, si la internación

obedeciese a una problemática de carácter social, esta no podrá mantenerse.

En el caso de internación involuntaria, esta debe ser notificada al juez competente dentro del plazo de 10 horas y el magistrado en un plazo máximo de 3 días podrá autorizar, denegar o pedir informes sobre la internación.

El juez deberá solicitar informes cada 30 días para verificar si persisten las razones que motivaron la internación o disponer la externación del paciente. Luego del tercer informe y en caso de persistir la internación deberá constituirse un nuevo equipo diverso de aquel que haya intervenido hasta el momento a fin de obtener una nueva evaluación.

La persona internada, o su representante, tiene derecho a la designación de un abogado. En caso de no tenerlo se le designará un defensor oficial.

§ 4.— Cesación de la incapacidad

59. Cuándo procede

El cese de la incapacidad o restricción a la capacidad procede cuando el enfermo se haya restablecido (art. 47). Para ello es necesaria una declaración judicial, previo examen de un equipo interdisciplinario, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el este no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de sus apoyos o, excepcionalmente, declarar su incapacidad.

El último apartado de citado art. 47 merece determinadas críticas. Entendemos que la nómina de actos que pueden ampliarse o restringirse está referida a los casos en que se haya dictaminado la restricción a la capacidad, no así para el caso en que haya que declarar la incapacidad, como parece sugerir dicho artículo al mencionar al curador. En el supuesto en que la persona hubiere sido declarada incapaz, la nómina de actos ya no puede ampliarse, la afectación es respecto a todos los actos de la vida civil.

También podemos inferir que para el caso de notar un cambio o mejoría en el tutelado, que no implique un restablecimiento total, podrá pasarse de un régimen de curatela a un sistema de apoyos.

Asimismo, puede suceder que en la enfermedad o padecimiento no haya cambio alguno, no obstante, si de la puesta en práctica del sistema de apoyos, surge la necesidad de adaptarlo a circunstancias no contempladas originariamente, podrán efectuarse las modificaciones que resulten necesarias a fin de cumplir con el fin tuitivo del instituto, sin vulnerar la autonomía de la persona.

La Cámara Civil de la Capital ha declarado en un viejo fallo que no está completamente curado y que no procede, por tanto, el levantamiento de la interdicción, si los médicos, no obstante llegar a la conclusión de que no se trata de un demente, afirman que padece de una debilidad mental profunda. De este fallo se desprendía la siguiente distinción: para declarar la incapacidad no bastaba una simple debilidad mental; en cambio, para mantener una interdicción anteriormente decretada, sí. La distinción era ilógica: un mismo estado mental debía tener siempre iguales consecuencias jurídicas. Pero es preciso reconocer que el fallo se inspiró en el deseo y quizá la necesidad de proteger a un semialienado, cuando la ley no brindaba aún remedio para esa situación, tal como puede otorgársele hoy en día mediante el sistema de restricción de la capacidad.

60. Quiénes pueden pedirlo

Pueden pedir el levantamiento de la medida todas las personas a las que el art. 33 autoriza a instar el proceso de declaración de incapacidad o de restricción a la capacidad, hayan sido o no las que la pidieron. Del mismo modo pueden hacerlo los curadores y apoyos, ya que no solo tienen el derecho, sino también el deber de pedirlo, cuando el enfermo haya curado. También pesa sobre el Ministerio Público solicitar la declaración del cese de la incapacidad o restricción cuando aquellos no lo hicieren (art. 103).

El levantamiento de la medida judicial surte efectos, a partir de la fecha de la inscripción de la sentencia. Por consiguiente, los actos celebrados antes de ella, aunque lo fueran después del examen médico que comprobó su curación, son nulos, salvo, sin embargo, el caso del testamento, que en esa hipótesis debe considerarse otorgado en intervalo lúcido (véase nro. 407).

61. Juez competente

Es competente el mismo juez que declaró la incapacidad o la restricción de su capacidad. Empero, en un caso se declaró que si el demente interdicto en España reside desde hace veintiocho años en el país, son competentes los jueces del lugar de la residencia.

62. Efectos de la sentencia civil sobre el juicio criminal y viceversa

Disponía el art. 151 del viejo Cód. Civil: "La sentencia sobre demencia y su cesación, solo hacen cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código; mas no en el juicio criminal, para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones". El artículo siguiente establecía un principio similar respecto de la influencia de la sentencia criminal en materia civil: "Tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquier sentencia en un juicio criminal que no hubiese hecho lugar a la

acusación por motivo de la demencia del acusado, o que lo hubiese condenado como si no fuese demente el procesado".

La razón de estas disposiciones era clara, puesto que el concepto de demencia civil es distinto al criminal y, por consiguiente, lo declarado en un fuero no puede hacer cosa juzgada en el otro. La actual codificación no prevé norma similar alguna. No obstante ello, debemos precisar que el concepto contenido en dicho articulado sigue plenamente vigente. Al juez civil le interesa el *estado habitual* de una persona, para declararla incapaz o con capacidad restringida; en cambio, al juez del crimen le basta el estado mental del delincuente en el *momento de cometer el hecho*. Un incapaz declarado tal, puede tener responsabilidad penal si se comprueba que en el instante del delito había curado o se hallaba en un intervalo lúcido. A la inversa, una persona civilmente capaz, puede ser penalmente irresponsable si cometió el hecho en un momento de extravío mental.

§ 5.— Incapaces no declarados

63. Situación jurídica

Mientras el incapaz no haya sido declarado tal en juicio, conserva, en principio, su plena capacidad civil. Más aún, el art. 31 inc. 1º establece que esta se presume, aun cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial, lo que no significa, que todos sus actos sean válidos, pues comprobada la enfermedad mental, estos no pueden reputarse voluntarios y, por lo tanto, están sujetos a impugnación.

Como *prima facie* una persona no declarada incapaz debe reputarse capaz el Código ha fijado con precisión las condiciones que deben llenarse para poder impugnar sus actos.

64. Actos entre vivos

La solución de la cuestión varía según que la impugnación sea hecha en vida de la persona con padecimiento mental o después de su muerte.

a) En cuanto a la primera hipótesis, el art. 45 dispone que los actos anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados si perjudican a la persona incapaz y concurre alguno de los siguientes extremos: la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; quien contrató era de mala fe; el acto es a título gratuito.

b) Pero si la acción de nulidad se inicia después de la muerte de la persona presuntamente enferma, en principio no puede prosperar, a excepción de que ocurra alguna de estas circunstancias: 1) que la enfermedad mental resulte del acto mismo; 2) que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o restricción a la capacidad, 3) que el acto sea a título

gratuito, 4) la mala fe del cocontratante (art. 46). No importa que la enfermedad haya sido pública y notoria: aun en este caso no podrá intentarse la acción de nulidad por los herederos, salvo las hipótesis ya mencionadas.

Esta severidad de la ley, que en algunos casos puede parecer excesiva, tiene su razón de ser en la necesidad de evitar pleitos promovidos por los herederos para impugnar los contratos celebrados entre el causante y terceros, que muchas veces son de prueba difícil, tanto más si el acto en sí parece razonable. Pero si el acto mismo está revelando la perturbación mental, como, por ejemplo, si contuviera cláusulas absurdas, redacción incoherente, ventajas injustificadas y excesivas para la otra parte, corresponde la anulación. También procede cuando el proceso de declaración de incapacidad o restricción a la capacidad ya se haya iniciado, porque ello crea una presunción que autoriza a considerar con mayor latitud la prueba. Es claro que en este último caso no basta con probar la iniciación del trámite para que proceda la acción de nulidad; es preciso, además, que se demuestre que el fallecido estaba mentalmente enfermo cuando celebró el acto, y si el tercero contratante lo era por título oneroso, habrá que acreditar también que la enfermedad mental era notoria o, si no lo era, que el tercero tenía conocimiento de ella, es decir, su mala fe (art. 46).

65. Actos de última voluntad

Respecto de los actos de última voluntad, la ley es menos severa. Basta probar que el testador se hallaba privado de la razón al tiempo de hacer sus disposiciones, para que la nulidad prospere (art. 2467, incs. c] y d]). No es necesario, por consiguiente, que la enfermedad mental surja del mismo testamento o que se hubiera iniciado el correspondiente proceso de incapacidad, como en el caso de que se impugnen actos entre vivos. Ahora bien: la prueba debe ser concluyente y no dejar duda alguna en el ánimo del juez, pues, en caso de duda, debemos tener presente el principio general que establece que, la capacidad de una persona se presume aunque esta esté internada en un establecimiento asistencial (art. 31, inc. 1º).

También se producirá la nulidad del testamento cuando el testador padezca limitación en su aptitud para comunicar su voluntad y no sepa leer y escribir. Este artículo es un resabio de la antigua legislación y hace referencia a los sordomudos analfabetos contemplados en el código de VÉLEZ como personas incapaces de hecho. Se admite en la actualidad el otorgamiento de testamento solo cuando lo haga por escritura pública y con la participación de un intérprete en el acto.

Distinto es el caso del testamento otorgado por una persona privada de la razón y declarada incapaz judicialmente, en este supuesto el

testamento solo será válido si ha sido otorgado en un intervalo lúcido lo suficientemente cierto como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces. Siendo que ya existe sentencia judicial que declara la incapacidad o la restricción, el testamento en principio es nulo debiendo probarse que el otorgante estaba en condiciones de lucidez para su otorgamiento (art. 2467, inc. d]).

66. Valor de la pericia médica

Hemos visto ya que en el juicio de declaración de incapacidad o restricción el informe interdisciplinario tiene un valor fundamental, resultando imprescindible para el dictado de la sentencia (nro. 394). Pero cuando se impugna un acto por enfermedad mental, ya pretérita, sea porque el enfermo hubiere sanado o porque hubiere muerto, el valor del referido informe es mucho menor. No se trata ya de una enfermedad presente, cuyo estudio hacen los médicos con el enfermo delante, sino de una enfermedad pasada, cuyo diagnóstico debe hacerse sobre una base conjetural, sobre todo, si el presunto enfermo ha fallecido. El juez debe apreciar estas pericias con sumo cuidado y sin perder de vista la presunción legal de la salud mental (art. 31).

67. Carácter de la nulidad

Los actos celebrados por un incapaz no declarado tal, son nulos de nulidad relativa, por cuanto la ley impone esta sanción solo en protección del interés del afectado (art. 386).

IV — Penados

§ 1.— Carácter de la incapacidad

68. Concepto

La incapacidad civil de los penados no estaba contemplada en el Cód. Civil, sino en el Penal; tampoco el Cód. Civ. y Com. prevé específicamente la situación de estos. El citado Cód. Penal en su art. 12 establece que la reclusión y prisión por más de tres años importa, mientras dura la pena, la privación de la responsabilidad parental, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos; el penado quedará sujeto a la curatela establecida en el Cód. Civil para los incapaces.

Por consiguiente, y adecuando la norma penal al actual sistema de restricción a la capacidad son dos las condiciones requeridas para que el penado quede sujeto a dicha restricción: a) que la pena sea de reclusión o de prisión; cualquier otra pena, multa, inhabilitación, etc., no produce ningún efecto en lo atinente a la capacidad del penado; b) que sea mayor de tres años. Entendemos, sin embargo, que aunque la ley dice

textualmente "mayor de tres años", basta que la condena sea por este término para que proceda la interdicción.

69. Fundamento

Se discutía en doctrina cuál era el fundamento de la incapacidad civil de los penados, actualmente restringidos en su capacidad.

Según una primera opinión, la interdicción sería una pena accesoria de la principal. Esta concepción, que es un resabio de la muerte civil que se imponía a ciertos condenados, ha sido sostenida por algunos tratadistas nacionales y por la mayor parte de los franceses.

Según otra teoría, francamente prevaleciente en nuestro derecho, la interdicción de los penados obedecería a un propósito tuitivo, que no solamente tiene en mira al condenado sino también a su familia.

Por nuestra parte, adherimos sin vacilación a esta última doctrina. La interdicción para realizar ciertos actos y la imposición de un apoyo no son sino la consecuencia necesaria de la imposibilidad de hecho en que se encuentra el recluso para atender con eficacia sus intereses y para desempeñar normalmente la responsabilidad parental.

A su vez, debemos destacar que, en la adecuación de la previsión penal a nuestro actual sistema de incapacidad y restricción a la capacidad, importa que los anteriormente incapaces por su condena penal mayor a tres años hoy sean restringidos en su capacidad por varias razones. En primer término, porque las limitaciones a la capacidad son excepcionales y siempre en beneficio de la persona (art. 31, inc. b]). En segundo término, porque la declaración de incapacidad procede excepcionalmente cuando el sistema de apoyo no fuese suficiente y la persona se hallara impedida de interactuar con su entorno, partiendo de la base de que adolece de algún padecimiento mental o adicción. En el caso de los penados, su restricción a la capacidad deviene de su situación de privación de libertad y no de algún padecimiento mental o adicción. En tercer término, los actos para los cuales el penado se encuentra inhabilitado no son todos actos de la vida civil, como en el caso de los declarados incapaces, sino solamente los referidos en el art. 12, tal como sucede en el sistema de restricción a la capacidad donde los actores restringidos para el ejercicio por sí mismos se encuentran perfectamente delimitados.

Por ello, en razón de la adecuación de dicha norma penal a la actual codificación no dudamos en sostener que los penados son restringidos en su capacidad, pero no incapaces como lo eran bajo el viejo sistema, por lo tanto, deberá designárseles uno o más apoyos.

§2.— Restricción

70. Actos comprendidos en la restricción

El art. 12 ha fijado expresamente cuáles son los actos que les están vedados a los penados: a) ejercer la responsabilidad parental; b) administrar sus bienes; y c) disponer de ellos por actos entre vivos.

La condena no significa la privación de la responsabilidad parental, sino simplemente la suspensión de su ejercicio.

Esta enumeración es limitativa; por tanto, el penado mantiene su capacidad para todos los demás actos de la vida civil. Sin embargo, deben considerarse incluidos dentro de la restricción los que sean una consecuencia necesaria de los enumerados en el art. 12; por consiguiente, no puede estar en juicio cuando se controvierten derechos patrimoniales o esté en juego la responsabilidad parental.

71. Actos que pueden realizar por sí

El principio general es que pueden realizar por sí todos los actos no enumerados en el art. 12 del Cód. Penal. En consecuencia, están capacitados:

a) Para testar puesto que la prohibición de disponer de los bienes solo se refiere a los actos entre vivos (art. 12, Cód. Penal).

b) Para contraer matrimonio, sin que sea necesaria la venia de su curador o del juez. En nuestra jurisprudencia se registra un caso en el que la Suprema Corte de Mendoza negó la autorización para el casamiento de dos penados, pero esta decisión, que es aislada, carece de todo fundamento legal. La prohibición de casarse no se puede fundar sino en un texto legal expreso, que en el caso no existe. En la práctica, estos casamientos, que no son muy raros, se celebran sin solicitar autorización judicial.

c) Para reconocer hijos extramatrimoniales.

d) Para estar en juicio, siempre que no se trate de acciones relativas a sus patrimonios o al ejercicio de la responsabilidad parental. Por consiguiente, pueden iniciar o contestar la acción de divorcio y designar libremente el procurador que han de representarlos.

72. Incapacidades de derecho

Hasta aquí hemos estudiado aquellos actos para los cuales los penados tengan restringida su capacidad, vale decir, las que se refieren a actos que aquellos no pueden realizar por sí, aunque pueden hacerlo por medio de sus apoyos.

Pero hay, además, algunas incapacidades de derecho, que comprenden actos a los cuales no se extiende la representación legal del apoyo. No pueden ser tutores (art. 110, inc. f) ni curadores los condenados por delitos dolosos a penas privativas de la libertad. Es incapaz de suceder, por razones de indignidad, el condenado en juicio como autor

principal o como cómplice por delito o tentativa de homicidio contra el causante, su cónyuge o descendiente y el que haya acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión (art. 2281). Es impedimento matrimonial el haber sido autor voluntario, cómplice o instigador del homicidio de uno de los cónyuges (art. 403, inc. e]).

Asimismo, el art. 295 del Cód. Civ. y Com. establece que no pueden ser testigos en los instrumentos públicos quienes por sentencia estén privados de la aptitud para serlo.

Aunque la cuestión ha dado lugar a divergencias interpretativas, entendemos que el precepto se refiere únicamente a los condenados por falso testimonio.

Finalmente, la condena a más de tres años de prisión o reclusión comporta la suspensión del goce de toda jubilación o pensión que disfrutare, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a la pensión, es decir, que si el penado tuviere esposa, conviviente, hijos menores de cualquier clase o padres ancianos o desvalidos, corresponderá a estos el importe de la pensión o jubilación (art. 19, Cód. Penal).

En el orden político, la condena a más de tres años lleva implícita las consecuencias de la inhabilitación absoluta: 1º) la privación del empleo o cargo público, aunque provengan de elección popular; 2º) del derecho electoral; 3º) la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas (arts. 12 y 19, Cód. Penal).

73. Duración de la restricción

La restricción a la capacidad de ejercicio del penado comienza desde el momento de la sentencia definitiva y subsiste en tanto se halle privado de su libertad. Es claro que la fuga no influye sobre esta situación y no le hace recuperar su capacidad, salvo, sin embargo, los derechos de los terceros que hubieran contratado de buena fe con él, ignorando que se trata de un condenado evadido. Para que cese la restricción es necesario que el penado haya recobrado su libertad por una causa legal, ya sea por el cumplimiento íntegro de la pena, por indulto, amnistía o prescripción de la pena; o, finalmente, por haber obtenido la libertad condicional.

V — Inhabilitados

74. Fundamento

La ley 17.711 había introducido en nuestro derecho una institución ya incorporada a varias legislaciones extranjeras (Cód. Civil italiano, arts. 415 y 427; suizo, arts. 370 y 395; portugués, arts. 409 a 412; peruano, art. 584; paraguayo, art. 89; venezolano, arts. 409 y 411) que permitía

contemplar soluciones adecuadas en el vasto mundo de las enfermedades psíquicas o físicas, contemplando a los semialienados, seniles, ebrios consuetudinarios, toxicómanos y en los pródigos.

El codificador ha entendido que las categorías referidas en el apartado anterior están, salvo la de los pródigos, debidamente protegidas con la nueva legislación. El caso de los pródigos merece una regulación especial en tanto expongan a la pérdida del patrimonio a su cónyuge o conviviente, hijos menores de edad o con discapacidad.

Resulta necesario distinguir este supuesto, de los incapaces o de capacidad restringida. El sistema responde a la necesidad de proteger a determinadas personas, pero sin colocarlas en la misma situación de incapacidad que los incapaces, lo que sería excesivo e injusto. A ello responde la institución de la inhabilitación. La idea general, que luego precisaremos, es que el inhabilitado puede administrar sus bienes pero no disponer por sí solo de ellos, para lo cual requiere la conformidad del curador que debe nombrársele.

75. Sistema del Código y su crítica

VÉLEZ SARSFIELD rechazó decididamente la interdicción del pródigo. En la nota al art. 54 del viejo Cód. Civil explica por qué se apartó en esta materia de la tradición romana y de la legislación comparada, siguiendo el ejemplo del Código de Luisiana, único que en aquella época reconocía capacidad a los pródigos.

Sostuvo VÉLEZ SARSFIELD que la interdicción no se justifica en este caso por las siguientes razones: 1) la prodigalidad no altera las facultades mentales; 2) la libertad individual no debe ser restringida sino en los casos de interés público, inmediato y evidente; 3) en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio de distinguir con certeza el pródigo del que no lo es y todo sería arbitrario en los jueces, poniendo en interdicción a algunos, mientras quedarían innumerables disipadores sin ninguna incapacidad; 4) puesto que no es posible poner un máximo a cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo solo habría usado o abusado de su propiedad, sin quebrantar ley alguna.

Los argumentos de nuestro codificador no carecen de fuerza dentro de una concepción individualista del derecho, pero están muy lejos de ser satisfactorios para la conciencia jurídica actual. Ya no es posible hablar del derecho a abusar de la propiedad. Tampoco es cierto que la capacidad individual (VÉLEZ habla de libertad individual, pero es evidente que el trastrueque de palabras solo tiene por fin darle mayor eficacia al argumento) únicamente puede ser restringida en casos de interés público, inmediato y evidente; todas las incapacidades de hecho tienen en vista, ante todo, la protección del propio interdicto, y en algunos casos, como en

el de los penados, también la de la familia. En nuestro caso se trataría principalmente de la protección de la familia.

El argumento fundado en el peligro de la arbitrariedad judicial es igualmente inconsistente. No hay que temer un ataque de los jueces a los derechos o a las libertades humanas, puesto que ellos, por su educación y su cultura jurídica, por tener la vida dedicada al derecho, deben ser respetuosos de aquellos bienes del hombre. En caso de duda, se inclinarán siempre por mantener la capacidad, sin ninguna cortapisa; la prueba la suministran los países que admiten la interdicción del pródigo, pues en ellos la institución ha funcionado sin inconveniente alguno.

Menos importancia aún tiene la observación de que la prodigalidad no altera las facultades mentales. No es esta la única causa de interdicción. Ni interesa tampoco la demencia, desde el punto de vista jurídico, porque altere las facultades mentales, sino porque la enfermedad lo inhabilita para cuidar de su persona y atender sus negocios. Y es precisamente esto lo que ocurre con el pródigo. Se trata de personas que malgastan irrazonablemente su fortuna, en una medida que las expone a perderla. Muchas veces, en el fondo de esta conducta imprudente, hay una verdadera perturbación mental, bien que no alcance los caracteres de una demencia; pero aunque así no fuere, lo cierto es que el pródigo revela una falta de aptitud para administrar sus bienes. Es lógico, por lo tanto, que el Estado intervenga para protegerlo a él y a su familia, tanto más cuanto que con frecuencia estos débiles de espíritu o de carácter suelen ser víctimas de personas que aprovechan de su modalidad para despojarlos de su patrimonio.

Pero quizás el mejor argumento en pro de la admisión de la prodigalidad como causal de interdicción, lo suministre la experiencia extranjera. Prácticamente todos los países la tienen establecida, con beneficio y beneplácito general.

Es evidente, sin embargo, que la incapacidad de los pródigos no puede juzgarse con la misma vara que la de los dementes; la intervención del Estado tiene en este caso, como único fin, evitar la dilapidación de su fortuna y a ello debe limitarse. Por consiguiente, no parece justo someter al pródigo a una verdadera interdicción; para lograr aquel resultado, basta con declararlo incapaz para celebrar actos de disposición de sus bienes sin la asistencia y aprobación previa de un curador. Para los restantes actos de la vida civil, tales como los que fueran de mera administración, testar, y sobre todo los relativos al derecho de familia, debe conservar su capacidad legal. Esta es precisamente la idea de la reforma que tuvo la ley 17.711, cuyo criterio ha sostenido la actual legislación, aunque con algunas variantes, profundizando el carácter de protección de este instituto jurídico.

76. Quiénes pueden ser inhabilitados por prodigalidad

El art. 48 autoriza a inhabilitar a *quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio.*

El Código agrega que se considera persona con discapacidad aquellas que "padecen una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral". Es importante esta definición por cuanto la acción de prodigalidad podrá interponerse cuando el pródigo exponga a su conviviente, conyugue o hijos menores o discapacitados a la pérdida de patrimonio. Es decir que, en el caso de los hijos, esta acción fundada en el deber alimentario se extenderá solo hasta la mayoría de edad, pero en el caso de los hijos discapacitados no cesará una vez alcanzada la mayoría.

Para que la inhabilitación pueda decretarse, es necesario:

a) Que haya prodigalidad en los actos de gestión de sus bienes. Debe tratarse de gastos superfluos, innecesarios o irrazonables. En efecto, una persona de gran fortuna puede hacer muchos e importantes gastos inútiles sin consumir más que las rentas o en todo caso, consumiendo una parte no sustancial de su patrimonio. Mientras ello ocurra así, no hay por qué intervenir en la administración de su patrimonio. Por otra parte, los mismos gastos pueden permitir o no la inhabilitación según sea la fortuna del que los hace.

Así, por ejemplo, un hombre de fortuna puede hacer todos los años un viaje a Europa a gran tren sin que ello pueda calificarse de dilapidación de su patrimonio; pero si para hacer el viaje anual, hipoteca la casa en que vive la familia o el campo que es su fuente de rentas, hay prodigalidad, pero no si lo mismo se hace para pagar los gastos de una enfermedad propia o de los hijos o padres. No cabe formular distinciones entre actos gratuitos u onerosos, pues también estos pueden ser irrazonables; pero naturalmente, las donaciones excesivas configuran más típicamente la prodigalidad.

b) Que el pródigo tenga cónyuge, conviviente, hijos menores o discapacitados. Nuestra legislación se enrola así en la tendencia que admite la prodigalidad en defensa de la familia y no del mismo pródigo. Si este es soltero, si no tiene ni esposa ni conviviente, ni hijos menores o discapacitados, entonces la ley no interviene. Puesto que no se trata de un loco, que haga de sus bienes lo que se le ocurra. Pero si tiene familia, hay que protegerlo.

La actual redacción circunscribe el ámbito de eficacia de la norma a la existencia de hijos menores o discapacitados. El término descendientes,

utilizado por la antigua codificación otorgaba un mayor ámbito de protección. Supongamos que han quedados niños huérfanos de padres, y sus abuelos dilapidan su fortuna sin poder legarles ningún tipo de seguridad económica a futuro. Esta situación sería absolutamente indiferente al ordenamiento jurídico conforme la actual legislación.

Tampoco se encuentran dentro de este supuesto los ascendientes tal cual lo preveía la antigua codificación. Sin lugar a dudas, resulta un desacierto del nuevo Cód. Civ. y Com., excluir esta situación del ámbito de tutela de la figura de la inhabilitación por prodigalidad. Así quedan desprotegidos los padres o abuelos que en la ancianidad requieran del amparo económico por parte de sus descendientes, quienes están habilitados a desprenderse de su patrimonio fútilmente, sin importar el desamparo en que queden expuestos quienes, como generalmente sucede en el orden natural de la vida, han sostenido su crianza y educación durante la minoridad. Entendemos que esta falta de previsión hipotética expone a los mayores a la ingratitud por parte de sus descendientes.

77. Quiénes tienen la acción

El art. 48, *in fine*, concede la acción únicamente al cónyuge, no separado de hecho ni divorciado, al conviviente, a los ascendientes y a los descendientes. Esta disposición es coherente con la idea esencial de proteger la familia.

Mientras la declaración de incapacidad o restricción a la capacidad obedece esencialmente al propósito de proteger al tutelado (aunque la familia pueda indirectamente beneficiarse con una interdicción que evite una disposición irrazonable de bienes), la declaración de inhabilitación por prodigalidad obedece esencialmente a la protección de la familia (aunque indirectamente favorezca al propio pródigo). El cónyuge aun separado o divorciado, puede pedir la inhabilitación si recibe alimentos del pródigo. Si en cambio, carece de este derecho, no puede accionar por sí como lo señaláramos precedentemente, aunque podría hacerlo en representación de sus hijos menores.

En el caso de los hijos, la protección se limita a cuando los mismos se mantengan en la minoridad o padezcan algún tipo de discapacidad, no obstante la legitimación activa se extiende a los descendientes en general.

Por otra parte los descendientes cuentan con la posibilidad de iniciar la acción por prodigalidad no obstante no encontrase dentro del supuesto de protección frente a la dilapidación del patrimonio. La existencia de ascendientes exclusivamente, no habilita la acción de prodigalidad, no obstante concederle a estos la legitimación activa.

Una situación singular se presenta cuando ambos padres son pródigos, o cuando ha muerto el padre o la madre que podría accionar por los menores o cuando estos, siendo hijos extramatrimoniales, solo han sido reconocidos por el pródigo. En ese caso, quien tiene la acción es el Defensor de Menores, que puede accionar como consecuencia de la denuncia de cualquier persona, pariente o no, o aun del propio menor. Igual solución cabe en el supuesto de que el pródigo sea el curador de su padre o madre. En todos estos casos, el Defensor de Menores actúa como representante promiscuo de los incapaces.

§ 1.— Régimen legal de la inhabilitación

78. Procedimiento

Si bien ni el art. 48 ni ninguno de los artículos subsiguientes efectúa remisión alguna a las reglas relativas a la declaración de incapacidad y restricción a la capacidad, se entiende que el procedimiento aplicable a tales figuras es extensible a la inhabilitación. Esta remisión se estaría refiriendo particularmente a las reglas de procedimiento, pues las reglas de fondo, es decir, las consecuencias del dictado de la sentencia son distintas y están reguladas en el art. 49.

En consecuencia, se aplicarán a la inhabilitación los arts. 34 a 39, del Cód. Civ. y Com. y los arts. 624 y ss. del Cód. Proc., en *lo pertinente*, porque algunas de aquellas reglas no se ajustan a la naturaleza del juicio de inhabilitación y, por tanto, no le son aplicables. Veamos cuáles no lo son:

a) En primer lugar, la exigencia del certificado médico o en su defecto la opinión de dos médicos forenses (arts. 624 y 625, Cód. Proc.) no es aplicable al supuesto de prodigalidad, pues esta es independiente de la alteración de las facultades psíquicas. Por esta misma razón y ya que no cabe exigir el certificado médico, los jueces deberían requerir alguna prueba objetiva que acredite la dilapidación o el peligro para el patrimonio del denunciado. La práctica ha puesto de manifiesto con qué ligereza se ha echado mano de la supuesta prodigalidad de una persona para llevarlo ante los tribunales, obligándolo a seguir un molesto juicio.

Por eso mismo, la ley 22.434 ha introducido en el Cód. Proc. Civ. y Com. el art. 637 ter, que dispone que el juicio de inhabilitación por prodigalidad debe tramitar por juicio sumario, lo que significa que de la demanda debe correrse traslado al presunto pródigo.

b) No corresponde la designación de curador *ad litem* en el juicio de inhabilitación. Este defensor del presunto insano ha sido previsto por la ley precisamente porque se presume que no está en condiciones de defenderse por sí solo. Siendo así, es lógico que la ley asegure su defensa mediante un funcionario designado por el juez. Nada de esto ocurre en el

proceso de inhabilitación. Aun decretada esta, el inhabilitado tiene plena capacidad para estar en juicio por sí solo. No se justifica, por tanto, que en el proceso para la declaración de esa inhabilitación se le nombre defensor.

Declarada la inhabilitación son de aplicación las reglas sobre curatela (arts. 139 y 140).

79. Situación jurídica de los inhabilitados

Mientras en la incapacidad y la restricción a la capacidad, podemos hablar de incapaces o de personas capaces con limitaciones para ciertos actos en todos los campos jurídicos, en la inhabilitación hablamos de personas capaces.

La idea general es que el inhabilitado pueda realizar por sí mismo todos los actos de administración, pero no los que puedan comprometer sus bienes. Por ello, no puede otorgar por sí solo los actos de disposición, para los cuales necesita la conformidad del apoyo (art. 49); más aún, la sentencia puede inhabilitarlo para realizar ciertos actos que el juez estime convenientes someter a este régimen. En efecto, puede ocurrir que la administración de los bienes sea compleja; como, por ejemplo, la administración de un establecimiento fabril o agropecuario, entonces el juez puede extender la inhabilitación también a esos actos.

Esta facultad judicial responde a que lo único que interesa aquí es evitar que el inhabilitado dilapide su patrimonio; para eso basta con impedirle disponer por sí solo de sus bienes.

La inhabilidad para disponer solo comprende los actos entre vivos, lo que significa que el inhabilitado puede testar.

El inhabilitado necesita la conformidad del curador para aceptar herencias, pues el art. 2297 requiere capacidad para la libre administración de los bienes; esta expresión significa libertad para administrar y disponer, y el inhabilitado no la tiene. Es la buena solución, pues las sucesiones suelen ser complejas y hasta tener deudas que sobrepasen los bienes. Con tanta mayor razón se necesitará la conformidad del curador para renunciar una herencia.

Para la partición privada de los bienes de una sucesión o de la sociedad conyugal debe requerirse el asentimiento del apoyo, dado que en ella puede comprometerse bienes que legalmente corresponden al inhabilitado, es decir, que importa o puede importar la disposición de bienes.

Cabe preguntarse si en algunos casos estará el juez autorizado a disponer que el inhabilitado no sea solo asistido, sino que inclusive puede ser representado por el curador, desplazándolo de la administración de sus bienes. Supongamos la administración de un establecimiento de

campo. La asistencia se hace muy difícil si el inhábil no la acepta de buen grado; ¿y cómo impedir una enajenación de hacienda u otros muebles no registrables? Creemos que en estos casos de excepción el apoyo puede sustituir totalmente al inhábil cuando la conducta de este revele su total incapacidad para administrar, y el peligro, para sus bienes.

Otro supuesto en el que hay que reconocer al apoyo del inhabilitado la atribución de actuar a nombre y en representación de este, es cuando ejerce la acción de nulidad de algún acto otorgado irregularmente por el inhabilitado, pues de otra manera se haría ilusoria la protección otorgada por la ley.

¿Puede el interdicto contraer deudas por sí, vinculadas con la administración normal de su patrimonio, como puede ser el crédito para gastos de siembra y cosecha? Pensamos que no; contraer una deuda debe siempre considerarse acto de disposición a los efectos del régimen de la inhabilitación.

Con relación a los actos extrapatrimoniales, el inhabilitado no tiene, en principio, ninguna limitación. En consecuencia, puede contraer matrimonio, divorciarse, reconocer hijos extramatrimoniales, etc.

Puede también estar en pleito civil o criminal, con la salvedad de que si el pleito civil se refiere a sus bienes, debe actuar asistido —no patrocinado, porque la elección de patrocinante es derecho del inhabilitado— por su apoyo, para evitar un acto indirecto de disposición por vía de transacción, renuncia a la defensa, vencimiento de plazos, etc.

80. Actuación del apoyo

El apoyo del inhabilitado, a diferencia de los curadores de los incapaces, no representa al inhabilitado ni puede actuar a su nombre. Su función es la de *asistirlo*, integrando con su conformidad la manifestación de voluntad del propio inhabilitado.

Esa conformidad basta para convalidar el acto, sin necesidad de que previamente se requiera autorización judicial. Es, además, un curador a los bienes, no a la persona, cuyo cuidado no le compete.

Adviértase que este curador tiene poderes, a veces más restringidos, a veces más extensos, que los del incapaz. Más restringidos porque no puede actuar en representación del inhabilitado ni administrar sus bienes, ni le corresponde actuar en el terreno extrapatrimonial; más extensos porque no necesita requerir autorización judicial para dar su conformidad con un acto de disposición.

La aplicación del sistema legal no ofrece dificultades prácticas cuando se trata de bienes registrables; basta con anotar la sentencia en el Registro para que el inhabilitado no pueda disponer de esos bienes sin el consentimiento del apoyo. En cambio, la cuestión se complica cuando se

trata de bienes no registrables y particularmente si la sentencia extiende la inhabilitación a ciertos actos de administración. ¿Cómo impedir que el inhabilitado los lleve a cabo? La solución dependerá de las circunstancias del caso; el apoyo deberá gestionar el libramiento de oficio para impedir que el inhabilitado opere por sí solo en el manejo de sus créditos o cuentas bancarias, para evitar que venda el producto de sus cosechas o sus haciendas, etc.

Cabe preguntarse qué ocurre si el curador niega irrazonablemente o infundadamente su asentimiento. Es indudable que el inhabilitado puede recurrir ante el juez para lograr la autorización: la cuestión se resolverá por el trámite de los incidentes y con intervención del Defensor de Menores e Incapaces (art. 637 quinto, Cód. Proc.).

81. Nulidad de los actos otorgados sin conformidad del apoyo

Los actos de disposición (y los de administración que la sentencia hubiera determinado) celebrados sin la conformidad del apoyo son nulos, de nulidad relativa. Pero ya hemos dicho anteriormente que la nulidad de los actos otorgados por personas incapaces o con capacidad restringida no puede ser opuesta a los terceros de buena fe y a título oneroso, cuando la enfermedad no es notoria. Con tanta mayor razón esta solución es aplicable a los inhabilitados, con la siguiente importante salvedad: que aquí no se plantea el problema de la notoriedad. La debilidad psíquica, de espíritu, la prodigalidad tienen grados sutiles y, salvo casos excepcionales, no puede hablarse de notoriedad. Por lo demás, aun siendo notoria no inhabilita de por sí al pródigo, pues solo la sentencia judicial le crea una limitación.

El concepto de notoriedad no se aviene pues con esta institución.

Por lo demás, en este caso será imposible que el tercero contratante aduzca buena fe. Tampoco la habrá en el supuesto de que alguien se aproveche de la debilidad o inexperiencia del inhabilitado para imponerle condiciones injustas (hipótesis de lesión), pues el aprovechamiento indica mala fe.

Pero como regla, aun después de la sentencia judicial de inhabilitación, el tercero de buena fe y a título oneroso estará protegido contra la acción de nulidad del acto otorgado por el inhabilitado sin consentimiento del apoyo. Esto hace indispensable que dictada la sentencia de inhabilitación, se adopten de inmediato las medidas previstas en el art. 629, Cód. Proc., para el supuesto de enfermedad mental (y, por tanto aplicable a nuestro caso por disposición del art. 49), es decir, la inhibición general de bienes y las providencias que fueran indispensables para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y los valores.

Cabe preguntarse qué ocurre si, anotada la inhibición general de bienes, el inhabilitado firma un boleto de compraventa con un tercero de buena fe. La escritura, desde luego, no se podrá otorgar, puesto que para ello será indispensable el asentimiento del apoyo; pero el boleto es, en principio, válido. ¿Puede el tercero demandar el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento? Pensamos que el problema debe resolverse sobre una base de equidad: debe indemnizarse el daño emergente, pero no el lucro cesante. En efecto, si bien es justo que el tercero de buena fe no sufra daño con motivo de la anulación del acto, es igualmente justo que no pretenda hacerle pagar a quien contrató en inferioridad de condiciones lo que hubiera podido ganar en el contrato. Además, consideramos que la apreciación de los daños debe hacerse con criterio restrictivo.

La nulidad podrá ser pedida tanto por el apoyo, como por los parientes que pueden pedir la inhabilitación.

Antes de la inhabilitación no hay ninguna restricción legal al derecho de disposición, de tal modo que no se podrá, como en el caso de los incapaces o restringidos, pretender la nulidad del acto so pretexto de que la deficiencia o la prodigalidad eran notorias. La diferencia con el supuesto de alteración mental se explica muy naturalmente: la enfermedad mental genera una incapacidad, en tanto que la prodigalidad, no; solo permiten adoptar una medida tuitiva que en tanto no se adopte deja a la persona en el uso pleno de su capacidad. Sin perjuicio, claro está, de que si el tercero contratante ha aprovechado de la inferioridad psíquica de la otra parte para inducirlo a aceptar un contrato gravemente injusto, puede pedirse la nulidad por causa de lesión (art. 332).

82. El proceso de inhabilitación no puede desistirse

Una vez interpuesta la denuncia ni el denunciante ni el asesor pueden desistir del pedido; el trámite debe seguir hasta el dictado de la sentencia que disponga la inhabilitación o la desestime; así lo exige la finalidad tuitiva de la institución y la naturaleza de las cuestiones que se dilucidan en el proceso.

83. Cese de la inhabilitación

También en lo que atañe a la rehabilitación, el art. 50 prevé expresamente el trámite de la rehabilitación del pródigo, para lo cual, será necesario un nuevo examen interdisciplinario del cual resulte que se ha restablecido la persona. Ahora bien, si del examen resulta que el restablecimiento no es total el juez puede ampliar la nómina de actos que el inhabitado puede realizar por sí o con apoyos.

Pero el caso de los pródigos es un problema delicado. No se trata de un supuesto de enfermedad mental, por lo que no advertimos la

posibilidad de que la inhabilitación cese por el resultado del informe interdisciplinario. Tampoco es posible exigirle al pródigo que demuestre que la prodigalidad se ha extinguido, toda vez que la realización de los actos de disposición le está prohibida.

La rehabilitación del pródigo surgirá, desde luego, del fallecimiento del cónyuge o conviviente y de todos sus hijos menores o discapacitados; igualmente deberá decretarse si todos ellos la piden, puesto que si solo ellos tienen la acción y el ejercicio de esta es facultativo, es obvio que debe reconocérseles el derecho a renunciar a la protección legal. Pensamos también que la rehabilitación puede decretarse si se demuestra que se ha producido una transformación del contorno social que lo inducía a la prodigalidad. Así, por ejemplo, un hombre joven, de vida desarreglada, rodeado de malos amigos y de mujeres que lo inducen a hacer una vida dispendiosa, puede haberse alejado de ellos, casado y regularizado su vida. El juez tendrá en cuenta estos hechos, consultará con los parientes del pródigo y se formará juicio respecto de la conveniencia de rehabilitarlo. Y puede contribuir también a formar esa convicción el informe de psicólogos que estudien al pródigo. Igualmente debe bastar que el pródigo haya hecho después una fortuna importante.

La rehabilitación puede ser pedida por todas las personas que pueden pedir la inhabilitación y aun por el propio inhabilitado en cualquier momento y aplicando por analogía lo dispuesto por el art. 32 del Cód. Civ. y Com. que la sentencia debe ser revisada cada tres años o, a pedido del pródigo, en cualquier momento.

VI — Situación de los religiosos profesos y de los deudores concursados o fallidos

A.— Religiosos profesos. Ministros de culto

84. Capacidad

En nuestro derecho, se llaman religiosos profesos a los que han hecho votos solemnes de obediencia, pobreza y castidad. El art. 1160, del derogado Cód. Civil, hacía pesar sobre ellos una grave incapacidad, al disponer que no pudieran contratar, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado o contratasen por sus conventos. La prohibición absoluta de contratar solo reconocía, por consiguiente, dos excepciones: a) compra de bienes muebles por dinero al contado; b) contratos realizados en representación y a nombre de sus conventos. Esta prohibición no implicaba, sin embargo, la de disponer de sus bienes por actos de última voluntad, ni la de recibirlos por testamento o sucesión legítima, para lo que eran plenamente capaces.

Todas estas incapacidades eran de derecho, puesto que los actos prohibidos no podían ser realizados tampoco por representante legal o convencional.

El Cód. Civ. y Com., al igual que todos los códigos modernos, han suprimido las incapacidades de todos los ministros de culto y consecuentemente de los religiosos, sean profesos o no. Las consecuencias de los votos solemnes son una cuestión de conciencia, que no tiene por qué trascender al derecho civil.

85. Incapacidad para recibir herencias y legados

Según el art. 2482, son incapaces de suceder y recibir legados: los ministros de cualquier culto y los líderes o conductores espirituales que hayan asistido al causante en su última enfermedad.

Pero la incapacidad no deriva de la calidad de ministro de culto, religioso profeso o no, o de ser un conductor espiritual, sino de ser el que lo asistió en la última enfermedad. La ley ha querido evitar que este pudiera valerse de su ascendiente sobre el moribundo para lograr de él liberalidades en su testamento, lo que resulta repugnante a la moral y buenas costumbres. Esta incapacidad afecta, por consiguiente, a cualquier sacerdote, sea o no profeso, al pastor protestante y, a todos los ministros de cualquier religión, que asistiesen al enfermo en tales circunstancias.

B.— Deudores concursados o fallidos

86. Concepto y remisión

La declaración de concurso civil o comercial implica el desapoderamiento del deudor, quien queda desde ese momento separado de la administración y disposición de sus bienes.

Según el art. 108, ley 24.522, quedan excluidos del desapoderamiento: 1) los derechos no patrimoniales; 2) los bienes inembargables; 3) el usufructo de los bienes de los hijos menores del fallido, pero los frutos que le correspondan caen en desapoderamiento una vez atendidas las cargas; 4) la administración de los bienes propios del cónyuge; 5) la facultad de actuar en justicia en defensa de bienes y derechos que no caen en el desapoderamiento; 6) las indemnizaciones que correspondan al fallido por daño a su persona física o agravio moral.

Cabe señalar el error de técnica jurídica que importa excluir del desapoderamiento los derechos no patrimoniales, ya que solo se concibe aquel respecto de los derechos patrimoniales. Cabe preguntarse, empero, si tal disposición significa la derogación de ciertas incapacidades establecidas en el Cód. Civil, como, por ejemplo, la de ser tutor o curador (art. 110, inc. b]). Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por

considerar que tales incapacidades se mantienen. La derogación tácita por una ley posterior debe ser clara, y en este caso no lo es. Ahora bien el juez puede declarar la pérdida de la administración de los bienes del hijo cuando al progenitor se concurse o se le declare la quiebra, puesto que ello puede significar que el progenitor es inepto para administrar los bienes (art. 694).

El fallido conserva la facultad de desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia (art. 104, ley 24.522), y los ingresos que obtenga puede retenerlos para sí en la medida en que sean inembargables (art. 108, inc. 2º, ley 24.522).

Es de advertir en relación con el desapoderamiento, que la falencia no provoca una incapacidad propiamente dicha; de tal modo que si liquidados los bienes y pagados los acreedores, quedara un remanente, ese remanente responde por los actos que el fallido hubiera celebrado con terceros durante la época de su desapoderamiento. Pareciera más propio decir que los actos del concursado son inoponibles a sus acreedores.

El estudio de los efectos del concurso o la quiebra corresponde a aquellas instituciones, a las cuales nos remitimos.

CAPÍTULO IX - PERSONAS JURÍDICAS

1. Preliminar

La asociación de personas brinda la posibilidad de desarrollar diversos emprendimientos que al hombre en forma individual no solo le resultaría sumamente dificultoso, sino imposible, y que en forma asociativa y con la participación de capitales de terceros lo hacen factible. LACRUZ BERDEJO lo conceptualiza como aquel grupo de personas con nombre y capacidad propios, distinto de los individuos que lo integran.

2. Antecedentes históricos

En el derecho romano primitivo el concepto jurídico de persona estaba reservado exclusivamente a los individuos. El Estado actuaba siempre como poder público, aun en sus relaciones patrimoniales con los ciudadanos.

La idea de lo que actualmente concebimos como persona jurídica asoma recién en la época del Imperio. A las ciudades a las cuales se las privó de su independencia política, se les permitió, en cambio, continuar actuando en el campo del derecho privado; se encontraron sometidas

al *jus singulorum*, obligadas a usar las formas ordinarias del comercio jurídico y a comparecer ante los jueces conforme con las reglas del procedimiento civil. De esta manera se atribuyó por primera vez capacidad jurídica a entes que no eran personas físicas. La solución de numerosos problemas que ello implicaba hizo extender esa capacidad a otras corporaciones: aldeas, provincias romanas, colegios sacerdotales, colegios de los empleadores asalariados del Estado, cuerpos de arte y oficios, *collegia funeratitia*, destinados al culto y principalmente a asegurarse la sepultura; inclusive, llegó a reconocerse la capacidad de ciertas vastas sociedades comerciales destinadas a explotar minas o que contrataban los impuestos públicos.

Aunque nunca llegó a desarrollarse una doctrina cabal de la personalidad jurídica o moral, tal como hoy la concebimos, lo cierto es que el paulatino desenvolvimiento de estas corporaciones concluyó en reconocerles una verdadera independencia jurídica con respecto a sus miembros: los derechos y obligaciones de estas entidades no afectaban a sus componentes.

No poca influencia en el desarrollo de la idea de persona jurídica en el derecho romano tuvieron la Iglesia Católica y el derecho canónico.

Cuando todavía no resultaba claro distinguir los intereses de la asociación o corporación de los intereses de los miembros que las integraban, esa distinción resultó patente en la Iglesia. Esta se concebía como una unidad espiritual, mística, invisible, como una institución creada por Dios para la salvación de los hombres, como la encarnación de la divinidad sobre esta tierra. San Pablo la llamaba el *corpus mysticum Christi*. Los cristianos están en el seno y bajo la protección de la Iglesia, pero no la forman; es una institución sagrada e inmutable, que está más allá y por encima de los fieles. Los miembros, sea de la Iglesia universal, sea de cada una de las iglesias locales, están al servicio de esos fines y solo indirectamente persiguen un interés o beneficio propio e individual.

Durante la época medieval, la idea de la personalidad jurídica fue desenvolviéndose lenta y penosamente. En verdad, el problema jurídico que estas entidades implicaban fue considerado de importancia secundaria hasta el advenimiento del capitalismo moderno. De pronto, la cuestión de la personalidad jurídica adquirió una resonancia insospechada en el derecho, en la economía, en los problemas sociales. En efecto, no tardó en advertirse que algunas de estas entidades, y particularmente las sociedades anónimas, podían convertirse en eficacísimos instrumentos para el desarrollo del comercio y la industria. Fueron, dice BUTLER, "el más grande descubrimiento de los tiempos modernos, más precioso que el del vapor o de la electricidad". Permitían, ante todo, reunir grandes capitales, que los hombres individualmente no

poseían; además, facilitaban las empresas audaces y riesgosas, pues sus componentes podían afrontarlas con la tranquilidad de que el fracaso no suponía la ruina de todo su patrimonio, sino solamente la pérdida de su aporte social, puesto que la separación entre la entidad y sus miembros permitía esta solución. La influencia que las personas jurídicas han tenido en el desarrollo del maquinismo y de la técnica moderna es realmente inapreciable.

Pero al lado de estas ventajas, bien pronto pudieron advertirse algunos inconvenientes, que el tiempo fue acentuando. La acumulación de capitales hizo poderosísimas a muchas personas jurídicas. Su influencia resultó decisiva en la producción, en la fijación de los precios de algunos artículos y mercaderías, incluso de primera necesidad. Y como ellas se manejaban en el sentido que más convenía a sus capitales, muchas veces su poderosa gravitación contrariaba los intereses públicos. En no pocos países, las entidades industriales y financieras llegaron a tener una influencia sofocante en la política y en el gobierno; y lo que es más grave, como los capitales son internacionales, esa influencia estaba por lo común destinada a servir intereses foráneos. Ciertas sociedades anónimas llegaron a ser más fuertes que el propio gobierno del país en que actuaban.

Además, el natural desenvolvimiento y fortalecimiento de estas entidades condujo inevitablemente a las más extremas e injustas formas del capitalismo. La riqueza se concentró más y más en manos de pocos, mientras aumentaban alarmantemente las masas proletarias.

Estos fenómenos económicos y sociales despertaron, como era lógico, el interés por el problema jurídico de las personas morales. Se discutió agudamente su naturaleza. La necesidad del control del Estado sobre ellas se hizo evidente; fue preciso, asimismo, extender su responsabilidad civil y, en algunos casos, admitir incluso la penal. Todo ello está en nuestros días en plena elaboración y discusión, porque si bien es cierto que el control del Estado sobre las personas jurídicas y la admisión cada vez más severa de su responsabilidad están por encima de toda controversia, también es verdad que la legislación debe cuidar que no se sofoque y esterilice un instrumento tan precioso de producción y de desarrollo industrial como son estas entidades. De cada uno de estos problemas hemos de ocuparnos oportunamente.

§ 1.— Naturaleza jurídica

A.— Teoría de la ficción

3. Exposición y crítica

La teoría de la ficción, que fue insinuada por Sinibaldo dei Fieschi dei Conti di Lavagna y sistematizada de una manera conclusa y definitiva

por SAVIGNY, parte de la idea de que el único sujeto natural de derechos y obligaciones jurídicas es el hombre. Solo este es capaz de voluntad y, por consiguiente, solo él puede ser sujeto de derechos, puesto que el derecho subjetivo es un poder que la ley acuerda a una voluntad.

Esta doctrina dominó en la ciencia jurídica, prácticamente sin contradictores, hasta la segunda mitad del siglo XIX; recién entonces los juristas se ensañaron contra ella, haciéndola objeto de los más duros ataques. Si las personas jurídicas son una ficción, es necesario aceptar que el Estado es también una ficción. ¿Y es en nombre de este ente ficticio, de una sombra, que ha de sentenciar en derecho, un tribunal? ¿Y esta ficción crea a su vez otras ficciones, las personas jurídicas de derecho privado?

Pero, como lo ha dicho ORGAZ con acierto, tal crítica es más ligera que profunda. Es evidente que para una mente tan lúcida como la de SAVIGNY no podía pasar inadvertida la "realidad imponente del Estado". Al hablar de ficción no alude al *substractum* de las personas jurídicas: sean el Estado o las asociaciones particulares; la ficción consiste en que esas entidades, por muy reales que fueren, sean tratadas como si fueran personas.

Más justas parecen las críticas basadas en el grave problema de la responsabilidad. Concebidas como entidades ordenadas al cumplimiento de la ley y de sus estatutos, toda actividad extraña a estos no les era imputable a ellas sino a sus miembros, de donde derivaba su irresponsabilidad por hechos ilícitos, tanto civil como criminal. La vida del derecho ha demostrado que esta solución es insuficiente e injusta.

A pesar de tan rudos ataques, la teoría clásica de la ficción tiene todavía algunos adherentes, merced a la fuerza cautivante de su impecable lógica. Empero, está fuera de duda que su formulación no resulta hoy satisfactoria. La objeción fundamental que puede hacérsele es que no ha penetrado con profundidad en lo íntimo de la naturaleza jurídica de estas entidades, ni analizado su *substractum* real. Además, el verdadero significado de la palabra ficción, aun cuando se precise, como lo hemos hecho, se presta a equívocos y sugiere la idea de que estas entidades no existen sino por obra y gracia del Estado y que tienen la vida precaria que nace de una ficción legal. Finalmente, resuelve mal el problema de la responsabilidad, particularmente la que surge de los hechos ilícitos.

B.— TEORÍAS NEGATORIAS

4. Teorías que niegan solamente la personalidad moral o jurídica

Este primer grupo de teorías negatorias tiene un punto de partida común con la teoría de la ficción: como aquella, sostienen que la única persona real es el hombre. Consideran, sin embargo, que la doctrina tradicional es

superficial y no ahonda la investigación de la realidad que se esconde detrás de la persona jurídica. Esta es, afirman, un mero procedimiento de técnica jurídica, un telón detrás del cual subyace el *substractum* real, la verdad oculta tras una apariencia engañosa. La tarea del jurista consiste en descorrer el telón y dejar al descubierto la realidad. ¿Pero en qué consiste esa realidad? Aquí comienzan las divergencias.

Para algunos, las personas jurídicas no son otra cosa que patrimonios afectados al cumplimiento de ciertos fines (BRINZ, BEKKER).

IHERING, por su parte, piensa que los verdaderos sujetos de los derechos de una persona moral son sus miembros, puesto que ellos son los beneficiarios y destinatarios de la utilidad que el patrimonio puede rendir. La persona jurídica sería un sujeto aparente que oculta a los verdaderos.

La idea de IHERING fue desarrollada en Francia por VAREILLES-SOMMIÈRES, BARTHÉLÉMY y PLANIOL. Este último sostuvo la doctrina de la propiedad colectiva. "Bajo el nombre de personas jurídicas es necesario comprender la existencia de bienes colectivos, en forma de masas distintas, poseídas por un grupo de hombres. El mito de la personalidad moral debe ser reemplazado útilmente por la noción positiva de la propiedad colectiva".

Estas doctrinas podrían quizás explicar el *substractum* de ciertas personas jurídicas, y particularmente de las que tienen un fin comercial, por ejemplo, las sociedades anónimas. Pero como explicación general, fallan lamentablemente. ¿Cómo definir al Estado como una propiedad colectiva de sus ciudadanos o como un patrimonio afectado a determinados fines? El Estado es una abstracción que personifica las tradiciones, las ideas, las aspiraciones de un país y que, en el exterior, encarna los intereses superiores de la Nación y es el guardián de su honor. Se trataría, además, de una propiedad bien extraña, desprovista de todos los caracteres de este derecho. No podrían los sujetos disponer de ella, venderla, donarla, etc. Es verdad que, en algunos casos, las personas pueden utilizar los bienes públicos, servirse de ellos. Pero ese derecho lo tienen con frecuencia también los extranjeros. Con razón se pregunta CAPITANT si es posible sostener que un francés tiene más derechos sobre el Louvre que un extranjero.

A iguales objeciones se prestan estas teorías aplicadas a las personas jurídicas con fines culturales, benéficos, religiosos, etc. ¿La Iglesia puede ser definida como una propiedad colectiva de los fieles, o como un patrimonio afectado a determinado fin? ¿Pueden serlo las universidades, los hospitales? Sería poner el acento sobre el aspecto que no es el predominante en la entidad. Además, y referida esta objeción a la doctrina de la propiedad colectiva, en una fundación no podrían determinarse

quiénes son los propietarios de los bienes: ¿los beneficiarios, los administradores? Indiscutiblemente, ninguno de ellos.

5. Teoría de KELSEN

También la teoría de KELSEN debe ser ubicada dentro de las negatorias de la personalidad jurídica.

El maestro de Viena niega la dualidad derecho objetivo-derecho subjetivo. Utilizando los estudios de DUGUIT, pero planteando su doctrina en un terreno puramente lógico, KELSEN sostiene que los derechos subjetivos no existen sino en cuanto expresión del derecho objetivo. "El derecho subjetivo no es un derecho distinto del objetivo; es el derecho objetivo mismo, en tanto se dirige, con la consecuencia jurídica por él estatuida, contra un sujeto concreto (deber) o en tanto que se pone a disposición del mismo (facultad)".

Esto lleva de la mano a una conclusión similar a la de DUGUIT: si no existen derechos subjetivos con valor propio, autónomo, por decir así, tampoco debe existir sujeto de derecho. Los llamados derechos subjetivos y el sujeto de derecho, o sea la persona, no son sino conceptos auxiliares, que facilitan el conocimiento del derecho. Persona, sea física o jurídica, es solo la expresión unitaria personificadora de un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, de un complejo de normas. El hecho de ser un centro de imputación de tales normas, convierte a ese centro en persona. La expresión persona es, por consiguiente, un recurso auxiliar y artificial, al cual puede renunciarse. Facilita la exposición del derecho, pero no es indispensable para ella.

La expresión común de persona física no indicaría sino "la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen los deberes y derechos" de un individuo; persona jurídica indicaría el haz o complejo de normas que regula la conducta de una pluralidad de hombres.

Tanto la doctrina de DUGUIT como la de KELSEN se fundan en la negación de los derechos subjetivos y del concepto de persona, como sujeto del derecho. En consecuencia, deben ser enérgicamente repudiadas.

C.— TEORÍA DE LA REALIDAD

6. Teoría organicista

El expositor máximo de esta teoría fue GIERKE, quien durante cuarenta años la defendió con energía y talento singulares.

GIERKE combate con ardor la doctrina de la ficción, afirmando que las personas jurídicas no son entes artificiales creados por el Estado sino, por el contrario, realidades vivas. Los entes colectivos son organismos sociales dotados tanto como el hombre de una potestad propia de querer

y, por ello, capaces naturalmente de ser sujetos de derecho. Este cuerpo social vive una vida propia, con independencia de toda intervención del Estado; a diferencia de la teoría de la ficción, que sostenía que la autorización estatal era creativa de la personalidad moral, sostiene GIERKE que solo tiene un valor declarativo.

Es falso también que la persona colectiva pueda contraponerse a sus miembros, que vendrían a ser terceros para ella; por el contrario, todos aquellos tienen una ligazón orgánica con ella. La corporación está sobre, pero no fuera de la colectividad de personas que la forman. Esta asociación tiene una voluntad propia que no es la suma de varias voluntades separadas, sino una voluntad común de todos, ordenadamente declarada. De ahí otra consecuencia fundamental: los administradores no son representantes de la asociación, sino órganos de ella. Esta idea ejerce una influencia decisiva en el problema de la responsabilidad y trastorna los principios en que la fundaba la teoría clásica. Las personas jurídicas no solo serán responsables por los actos lícitos, sino también por los ilícitos y aun por los delitos cometidos por sus administradores.

Esta idea de considerar a los entes colectivos como organismos reales y vivientes fue llevada por algunos autores a las mayores exageraciones. Se dijo que los hombres eran las células del organismo social, se habló de las funciones de nutrición y reproducción, de los nervios motores, del cerebro de la sociedad, llegándose a algunas conclusiones grotescas como la de atribuir el sexo masculino al Estado y el femenino a la Iglesia. En vista de ello, no es de extrañar que las asociaciones hayan sido incluidas en la escala zoológica, como lo hiciera JAEGER.

Aun expurgada de estas exageraciones, que sin duda no estuvieron en el espíritu de los demás eminentes expositores de esta teoría, lo cierto es que la idea de considerar a las asociaciones o corporaciones como un organismo real y viviente importa una ficción más grave que la de la propia teoría de la ficción. Cuando los juristas lo advirtieron, el deslumbramiento producido por la obra de GIERKE se desvaneció en buena medida. Sin embargo, el pensamiento del autor alemán ha sido fecundo en consecuencias. Llamó la atención sobre el hecho de que las personas jurídicas no eran una creación arbitraria del Estado; replanteó el problema de las relaciones de la entidad con sus miembros y sus administradores, suministrando nuevas bases para resolver la cuestión de la responsabilidad con un criterio más realista y más justo, que se halla triunfante en la legislación contemporánea.

7. Teoría de la institución

La teoría de la institución tiene vastos alcances doctrinarios y pretende explicar los más importantes problemas de la sociología y del derecho.

Nosotros hemos de considerarla solamente en lo que atañe a las personas jurídicas.

La observación de la realidad social demuestra que una de las tendencias más firmes en las sociedades contemporáneas es el desarrollo de la vida colectiva, de la vida social. El hombre abandona todo aislamiento, porque comprende que para realizar sus fines y para satisfacer sus necesidades de todo orden precisa unirse a otros hombres, asociarse a ellos. Ya por su nacimiento pertenece a un grupo: la familia, la Nación y, por lo general, a una comunidad religiosa. Entra enseguida voluntariamente en muchas asociaciones; para ejercer la profesión deberá unirse a otros individuos que desempeñan iguales actividades; para reducir el costo de su vida se afilia a cooperativas de consumo; para ponerse a cubierto del infortunio o de las enfermedades se incorporará a una sociedad mutual; si quiere cultivar su cuerpo, adherirá a un club deportivo y si se trata del espíritu, ingresará en un círculo, asociación artística o literaria, etc. Todo ello está revelando que la asociación responde a necesidades vitales del hombre, que es una realidad social innegable. En el fondo, subyace siempre el hombre, porque él es el fin de todo derecho; pero la vida de estas entidades está por encima de la de cada uno de sus miembros, considerados aisladamente. Por ello, puede definirse la institución como un organismo que tiene fines de vida y medios superiores en poder y en duración a los individuos que la componen.

La teoría de la institución tiene un claro fundamento iusnaturalista, puesto que el derecho de asociación es uno de los derechos naturales del hombre, como ha proclamado León XIII en su encíclica *Rerum Novarum*.

Este origen iusnaturalista de las instituciones tiene una gran influencia en el derecho de las personas jurídicas. Estos entes no resultan así una creación del legislador, sino una realidad que aquel no puede desconocer. Ello no significa, desde luego, que los órganos del Estado deben guardar una actitud neutral o prescindente respecto de las personas jurídicas; sino que están obligados a respetarlas, en tanto ellas estén encaminadas en el sentido del bien común.

8. Teorías propiamente jurídicas

Todas las teorías que reunimos bajo este rótulo común tienen un mismo punto de partida: si bien es verdad que desde el ángulo biológico y aun metafísico la única persona es el hombre, desde el jurídico se llama persona a todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Desde este punto de vista tan persona es el hombre como los entes de existencia ideal, puesto que ambos tienen esa capacidad. No haber advertido el significado jurídico de la palabra ha sido el error inicial del planteo de la teoría de la ficción.

9. Nuestra opinión

Sin desconocer el fondo de verdad que subyace en las doctrinas que plantean la realidad de estos entes en el plano jurídico, creemos, empero, que su punto de partida necesita ser rectificado.

En efecto, sostienen que desde el momento en que un ente, sea el hombre, el Estado, una asociación, una fundación, es capaz, de acuerdo con el derecho objetivo, de adquirir derechos y contraer obligaciones, ese ente es persona, en el sentido jurídico de este término, que equivale a sujeto de derecho. Este planteo lleva de la mano a la teoría que con lógica impecable ha desarrollado KELSEN. Porque si la persona está caracterizada por ser titular de derechos y obligaciones, es inevitable arribar a la conclusión de que, en verdad, lo que se designa como persona no es más que un haz de derechos y obligaciones nacidos del derecho objetivo o, en otras palabras, una unidad de una pluralidad de normas que estatuyen esos derechos y deberes.

Con este escamoteo lógico, el hombre pasa a un segundo plano como sujeto de derechos y se destruye la noción de los derechos subjetivos.

Para nosotros, el planteo de la cuestión debe ser precisamente el inverso. No es que la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, atribuida por el derecho objetivo, determine la existencia de la persona, sino que, por el contrario, el ser persona hace que el derecho objetivo deba reconocerle a ese ente la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

En el caso de las personas naturales, el derecho les reconoce capacidad porque se trata del hombre, criatura de Dios; en el del Estado porque es una entidad necesaria a la convivencia social; en el de las asociaciones, porque el de asociarse es uno de los derechos naturales del hombre; en el de las fundaciones, porque persiguen un fin socialmente útil.

Pensamos que la teoría de la institución suministra una explicación satisfactoria, que permite abrazar las entidades morales o jurídicas, en un concepto unitario. El Estado, las sociedades, asociaciones, fundaciones, son instituciones. Como tales y por ser esa la única manera en que ellas pueden actuar eficazmente en el comercio jurídico, deben ser reconocidas como personas jurídicas por el derecho objetivo, siempre que sus actividades estén encaminadas en el sentido del bien común.

Se dirá, tal vez, que una cosa es la institución, el *substractum*, y otra la persona jurídica que se le atribuye. Desde el punto de vista lógico, cabe la distinción; pero en el terreno de la realidad jurídica, no. Ello importaría tanto como disgregar la noción de persona de la de hombre. La personería no es sino el sello jurídico que corresponde a entes naturales como lo son el hombre y las instituciones (que en el fondo, no son sino la expresión de un derecho natural del hombre, el derecho de asociación).

10. El sistema del Código Civil, de la ley 17.711 y del Código Civil y Comercial

Se ha discutido acerca de cuál es la doctrina que inspiró a VÉLEZ SARSFIELD en esta materia. La opinión generalmente seguida es la de que adoptó la teoría de la ficción; así parecen demostrarlo la forma en que se legisla el comienzo y fin de la existencia de las personas jurídicas y, sobre todo, cómo se resuelve el problema de la representación y responsabilidad, que se ajusta a los cánones clásicos de aquella doctrina.

Por nuestra parte, adherimos a la opinión general de que VÉLEZ se inspiró en la doctrina savigniana; pero no atribuimos a esta cuestión el valor que generalmente se le asigna. La idea que VÉLEZ tuviera sobre el punto no obliga al intérprete, sino en cuanto se ha expresado en normas legales concretas. Al resolver un problema cualquiera inherente a esta materia no cabe preguntarse, por consiguiente, si una solución dada está o no de acuerdo con la teoría de la ficción. Lo que interesa es si esta solución se desprende de la ley, rectamente interpretada, es decir, en la forma que mejor consulte los intereses públicos y privados. Más que seguir en todas sus consecuencias lógicas un determinado sistema importa la solución acertada de cada problema concreto.

Espléndido y muy inteligente ejemplo de este criterio interpretativo lo ha suministrado nuestra jurisprudencia en el caso del art. 43 del Cód. Civil. A pesar de que esta norma, fiel a los postulados de la ficción, repudiaba clara y expresamente toda responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos ilícitos que atribuye exclusivamente a los administradores, la evolución jurisprudencial concluyó por admitir ampliamente la responsabilidad civil, como era justo y necesario.

De cualquier modo, es claro que la ley 17.711 ha terminado con toda posibilidad de que se invoque la teoría de la ficción como fundamento de cualquier solución anacrónica. Hoy los problemas del comienzo y fin de las personas jurídicas, y sobre todo la cuestión de su responsabilidad, han quedado resueltos correctamente. Si VÉLEZ se inspiró en la teoría de la ficción, es claro que esta teoría no tiene ya ninguna vigencia en nuestro derecho positivo.

Y este es el criterio seguido por el legislador del Cód. Civ. y Com. en los arts. 145 y ss. donde reitera el criterio de que las personas jurídicas pueden ser o bien de carácter público o bien de carácter privado. Más aún en el art. 149 expresa claramente que la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de estas.

11. El abuso de la utilización de la personería jurídica

Se vincula con este tema de la naturaleza de las personas jurídicas, uno de los problemas más candentes del derecho contemporáneo. Razones

de distinta índole mueven a las personas a transferir sus patrimonios a sociedades comerciales (generalmente sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o en comandita por acciones) creadas especialmente para ese fin y de las que el titular del patrimonio conserva, por cierto, el control exclusivo. Estas razones suelen ser diversas: a veces, obtener ventajas de orden fiscal; otras, desheredar a un heredero forzoso a pesar de que no existan razones legales para ello; a veces, el propietario de un establecimiento agropecuario o industrial pretende evitar que a su muerte se divida el establecimiento por efecto de la partición entre los herederos. De cualquier modo, el dueño de los bienes sigue manejándolos exactamente como lo hacía antes de constituir la sociedad.

El sistema se ha difundido tanto, que no es aventurado decir que hoy la mayor parte de las tierras de la pampa húmeda pertenecen a sociedades comerciales. Sociedades que sirven de pantalla al verdadero propietario, y que desvirtúan la realidad creando a veces gravísimos problemas.

Veamos algunos casos:

a) Muerto el propietario de la tierra, que la ha transformado en sociedad comercial, las acciones pasan a sus hijos. Las acciones, pero no la tierra. Si ellos son unidos, nada ocurre. Pero si, como ocurre frecuentemente, surgen entre ellos cuestiones de intereses, basta que dos hijos se unan contra el tercero, para que este quede en condición de accionista minoritario, y privado, en consecuencia, de todo derecho efectivo: su derecho se limitará a percibir los dividendos que los otros quieran distribuir, pero quedará privado del goce y administración de la tierra. En cambio, los hermanos que tienen la mayoría lo poseen todo; administran y gozan del campo, se fijan buenos sueldos y, si quieren, pueden disolver la sociedad y distribuirse la tierra. Las acciones minoritarias nada valen y nadie las comprará, como no sean los propios hermanos, que pueden adquirirlas por centavos, consumando el despojo. Con ello se destruye el régimen de la legítima y la herencia forzosa, que en nuestro país es de orden público.

b) Según el art. 470, ninguno de los cónyuges puede disponer de los bienes más importantes de la sociedad conyugal sin el consentimiento del otro. Basta con incorporar los bienes gananciales a una sociedad comercial para que esa disposición tuitiva quede convertida en letra muerta; luego, el directorio transferirá los bienes sin necesidad de consentimiento alguno. Sin contar que cuando los bienes del matrimonio están en el patrimonio de una sociedad, demostrar que esos bienes pertenecen en realidad a uno de los cónyuges es una prueba diabólica.

Dejamos señalados solamente algunos de los problemas más importantes surgidos como consecuencia de la creciente tendencia a

transferir el patrimonio a nombre de sociedades comerciales, que no son sino una pantalla que cubre al verdadero titular del derecho. El fenómeno es de tal magnitud que hoy puede afirmarse que solo un pequeño número de sociedades anónimas está constituido por el aporte múltiple de pequeños o grandes capitales de particulares. La gran mayoría no es nada más que la forma jurídica que asume la explotación de un patrimonio que pertenece a una sola persona. Los restantes socios son simples prestanombres.

Por ello, en los últimos años se ha impuesto en la doctrina y la jurisprudencia universal la tesis de que la personería jurídica de las sociedades comerciales no es —al menos en la gran mayoría de los casos— otra cosa que un recurso creado por razones técnicas, a fin de que en la vida de los negocios puedan alcanzarse determinados fines que el ordenamiento jurídico no desaprueba. Pero si se abusa de la personería, si se la utiliza con fines contrarios a la ley, para escapar a disposiciones de orden público o para burlar los derechos de terceros, entonces es posible penetrar el velo de la personería y adoptar medidas respecto de los hombres o de las relaciones jurídicas encubiertas tras de ella. La doctrina que permite rasgar o descorrer el velo de la personería, con el propósito de evitar los abusos a que suele prestarse el manipuleo con dicha fachada, e indagar la realidad que se oculta tras esa máscara, puede considerarse hoy admitida por la jurisprudencia y doctrina universal, y ha sido aplicada sin vacilaciones por nuestros tribunales. Esta teoría ha sido receptada finalmente en el art. 144 del nuevo Cód. Civ. y Com.

12. La inoponibilidad y la crisis del concepto de persona jurídica

La crisis del concepto de persona jurídica está íntimamente vinculado con la aplicación radical que se ha hecho del hermetismo de esta figura jurídica, lo que ha favorecido la posibilidad del camino hacia la irresponsabilidad personal de quienes la manejan y se aprovechan de ella respecto de los actos y de las deudas contraídas en nombre de aquella; ello sin considerar, directamente, los numerosos casos en que las actividades societarias suelen ser el producto de maquinaciones para perjudicar a terceros.

Si hace un siglo y medio se recelaba ya de la figura de la persona jurídica dado que resultaba ser un instrumento para eludir distinto tipo de obligaciones, en los tiempos presentes en los que el hombre azuza toda su inteligencia para obtener el mayor beneficio al menor costo, aquellos reparos contra la persona jurídica se han pronunciado, dado que en la actualidad la persona jurídica aparece en numerosos casos como el instrumento para burlar ya no solo el cumplimiento de obligaciones

fiscales, previsionales y laborales, sino también las que tiene origen dentro del ámbito sucesorio o conyugal.

13. Allanamiento, desestimación e inoponibilidad

Por *allanamiento* de la personalidad jurídica se ha entendido la prescindencia que se hace de la estructura societaria para así responsabilizar jurídicamente tanto a ella como a quienes la integran y la utilizan en perjuicio de terceros o en fraude a la ley, a diferencia de la *desestimación* de la personalidad jurídica que no implica invalidar todos los efectos de la personalidad sino que, simplemente, en determinados casos no se la tiene en cuenta, para así identificar la figura de la sociedad con la persona del socio, lo que implica alterar los efectos del tipo societario que limita la responsabilidad del socio que abusó del recurso técnico.

Por su parte la *inoponibilidad* no importa una alteración al régimen de responsabilidades de los socios sino que lo que se intenta es proteger al tercero de buena fe sin afectar, en principio, la normal actuación de la sociedad, tanto presente como futura, permitiendo que no se oponga una situación jurídica determinada una personalidad diferenciada frente el tercero damnificado.

La inoponibilidad de la personería jurídica societaria no solo permite atribuir relaciones jurídicas, obligaciones y derechos a sujetos distintos de aquellos que resultan ser los titulares activos o pasivos de estos, sino que oxigena el derecho al permitir involucrar a quienes la utilizan torpemente, ocultos tras la pantalla societaria.

VITOLO entiende que si no se hace una clara diferenciación de los conceptos (desistimiento e inoponibilidad) se desdibujan estos regímenes, lo que es grave, ya que la inoponibilidad es un recurso menos grave que la lisa y llana desestimación, y que esta solo puede admitirse de manera excepcional, expresando que "debe ser de tal entidad que pueda llevar al resultado de equiparar a la sociedad con el socio" siendo esto así, es "lícito atravesar el velo de la personalidad para captar la auténtica realidad".

La teoría de la penetración de las personas jurídicas tiene por fin correr el velo de la personalidad jurídica, con el objeto de determinar cuál es la realidad y quiénes son los verdaderos responsables de ciertos actos. Es decir, como señala VARSI ROSPIGLIOSI, se trata de quitar la máscara con la que pueden cubrirse quienes son dueños o controlan una persona jurídica, a fin de analizar si dichos actos han sido utilizados por los propietarios como meros medios en beneficio exclusivamente propio o en detrimento de terceros. Porque el mantenimiento a ultranza de la separación entre la persona de los socios y la de la persona jurídica, conduce en muchos casos, según SALVOECHEA, a soluciones que

repugnan al sentido de justicia. El hecho de que los socios sean tratados como terceros extraños a la persona jurídica no puede servir de pretexto o justificación para que se consume un fraude.

14. Doctrina comparada

a) La inoponibilidad en Inglaterra. El derecho inglés no encorsetado en los códigos, sino fruto de una permanente creación jurisprudencial, tuvo oportunidad de adentrarse en estas cuestiones en el caso "Salomon vs. Salomon && Co. Ltd." fallado hace un siglo y medio (1897), en el que la justicia entendió que la sociedad Salomon Co. Ltd. constituida por Salomon y un grupo de personas muy allegadas a él (familiares testaferros) no era más que una ficción destinada a encubrir al Sr. Salomon y, así, limitar la responsabilidad de este por las deudas que había contraído.

Años más tarde, los tribunales ingleses volvieron a hacer uso de la desestimación de la persona jurídica en el caso "Daimler Co. Ltd. vs. Continental Tyre && Rubber Co.".

Los jueces ingleses, analizando caso por caso, han sistematizado una serie de reglas jurisprudenciales por medio de las cuales se ha admitido el corrimiento del velo societario en aquellos casos en los cuales la persona del socio obra en fraude de la ley enmascarándose detrás de la persona jurídica; en esta jurisprudencia ha adquirido relevancia la aplicación del principio de equidad para resolver los actos *in fraudem legis* realizados a través de la persona jurídica.

b) La inoponibilidad en Estados Unidos de Norteamérica. En los Estados Unidos la desestimación de la persona jurídica se ha realizado con fundamento en el principio de la equidad como piedra basal de un derecho justo. En efecto, los jueces americanos han aplicado la inoponibilidad analizando caso por caso según criterios de equidad. Esta doctrina ha sido seguida por más de dos siglos con un criterio restrictivo en su aplicación pero con amplitud de miras aunque restringido a los casos de fraude o ilegitimidad, que han sido las causas de ilicitud tradicionales que han justificado la desestimación de la persona jurídica por parte de los tribunales.

En un caso sometido a juicio del juez Marshall, en 1908, este dispuso que correspondía penetrar el velo social, sacando a la luz a sus integrantes, para así extender la jurisdicción de los Tribunales Federales a las controversias suscitadas entre estos por ser ciudadanos de distintos Estados, por cuanto la corporación es una entidad artificial, invisible, intangible que solo existe en la mente del legislador.

Posteriormente en el derecho americano se han ido estableciendo determinados *standars* para admitir el corrimiento de la personería

jurídica. Así dentro de la profusa jurisprudencia norteamericana sobre la materia, nos encontramos con que el corrimiento del velo es posible cuando se configuran algunas de las siguientes situaciones: a) cuando existe confusión de patrimonios entre la sociedad y sus accionistas; b) cuando media distracción de los fondos de la sociedad para fines no corporativos; c) cuando no se han mantenido las formalidades corporativas para la suscripción de acciones; d) cuando se está frente a un único socio; e) por defectos en la forma de llevar los libros de la sociedad; f) por la existencia de identidad entre los socios de dos sociedades; g) cuando media identidad de directivos encargados de la supervisión y gestión de dos sociedades; h) cuando ha ocurrido una capitalización inadecuada con relación a los riesgos de la actividad empresarial; i) cuando existe ausencia de separación de activos entre dos sociedades; j) cuando todas las acciones están en manos de un solo socio o de una sola familia; k) cuando se hiciere uso del mismo local comercial por la sociedad y su único socio; l) cuando se empleen los mismos trabajadores y gerentes por la sociedad y su único socio; m) cuando concurra el encubrimiento de la identidad de la propiedad, gestión o intereses financieros de la sociedad y de las actividades mercantiles de los socios; n) cuando media falta de formalidades legales y del mantenimiento de la distancia deseable entre sociedades relacionadas; ñ) por el uso de la sociedad para procurar trabajo, servicios o mercancías a otra persona o entidad; o) por la distracción de bienes y de fondos de la sociedad por o para un socio en fraude de acreedores o manipulación de activos y pasivos entre sociedades para concentrar los activos en una y el pasivo en otra; p) cuando se use la sociedad como un subterfugio para llevar a cabo transacciones ilegales; q) cuando se constituya y use la corporación para asumir las obligaciones existentes pertenecientes a otra persona o entidad.

c) La inoponibilidad en Francia. En Francia, los Tribunales han admitido jurisprudencialmente que es posible penetrar en las sociedades para determinar si se ha cometido algún tipo de fraude a la ley, a los socios, o a los acreedores. Ello con fundamento tanto en la doctrina de la simulación como en la teoría de la apariencia o de la interposición de personas.

El Código de Comercio francés, conforme la redacción del año 1985, en sus arts. 180, 182 y 190, permite indagar la persona jurídica y correr el velo societario.

En todos los casos reseñados, el derecho francés permite responsabilizar y extender la quiebra a la persona que la dirigiera y, en el caso de que sean varios los responsables, los tribunales galos han autorizado que las deudas sean soportadas por uno o por parte de ellos, en forma solidaria o no.

d) La inoponibilidad en España. Don FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO solía señalar que muchas veces "los socios confían sus aportaciones a los gerentes de la empresa, se desentienden de todo lo que no sea embolsar las ganancias y lo hacen con la tranquilidad de no poner en riesgo su patrimonio personal, mientras que los administradores pueden actuar con la libertad que da utilizar dinero ajeno".

El reconocido jurista español afirmaba, también, que el capitalismo moderno se ha favorecido con la concepción abstracta de la persona jurídica, de modo que se la pueda utilizar como un escudo o cortina que defiende de toda injerencia o investigación la vida moderna de la sociedad anónima. Esta concepción es la que precipitó, a juicio de CASTRO Y BRAVO, el florecer de las sociedades artificiales, sin contenido real, que resultaban ser la creación de aventureros o de poderosas organizaciones financieras nacionales e internacionales, "que ocultan sus verdaderas actividades interponiendo o conectando sociedades, en perjuicio a veces de los obligacionistas, de los acreedores, del Fisco, del Público en general y también de los mismos accionistas de las sociedades sometidas a control".

No es difícil advertir, entonces, siguiendo las reflexiones del maestro español LUIS DIEZ PICAZO, que al separarse la personalidad de la sociedad de la de sus componentes o asociados, como promovía el capitalismo moderno, haciendo abstracción de aquellos cuando la sociedad nace a la vida jurídica, cumplimentando requisitos meramente formales, se hubo introducido el camino formal para que los socios comentan cualquier fraude o actividad ilícita. Estas impresiones se han visto confirmadas en la realidad social y económica del capitalismo occidental, donde presenciamos cada vez más innumerables casos de utilización de personas jurídicas para llevar a cabo maquinaciones contrarias a la ley, el derecho y la equidad, mediante la realización de la cada vez más complejas ingenierías legales, societarias y jurisdiccionales en perjuicio de la ley.

Cuando el mundo jurídico occidental comenzó a advertir los abusos que se cometían por medio del recurso ficticio de la persona jurídica y la sociedad comercial, los juristas comenzaron a desarrollar y proponer soluciones e institutos que concurran en auxilio de la ley y la protección de los terceros. En este contexto, ROLF SERICK publica su obra *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica,* que fue prologada por ANTONIO POLO DIEZ, quien señaló que la muralla levantada entre la persona jurídica y los individuos que la componen, entre los bienes de aquella y los que le son propios de estos, *"ha llegado a crear una barrera infranqueable".* En el respeto ciego hacia el dogma de la impenetrabilidad de la persona jurídica —sostenía el prologuista— residía una de sus más destacadas virtudes, "sin embargo

—agregaba— por ella, habían de comenzar los primeros síntomas de la crisis".

En el derecho español la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica como instituto jurídico por medio del cual se procuró repeler los abusos de la persona jurídica se fue desarrollando, conforme señala DE ÁNGEL YAGÜES, con fundamento en los principios de la equidad, la buena fe y el abuso del derecho, toda vez que debía evitarse el "ejercicio antisocial" de los derechos derivados de la personalidad y poner coto al fraude de la ley y de los acreedores. En la actualidad según, la aplicación del corrimiento del velo es una realidad, razón por la cual los tribunales cuando concurren algunos de los presupuestos configurativos del instituto en cuestión, proceden a correr el velo, penetran en la sociedad y de esta forma desenmascaran a quienes actúan bajo su sombra en perjuicio de esta, acortando así la distancia entre verdad material y la eufemísticamente llamada verdad formal, ya que el ordenamiento jurídico demanda transparencia y buena fe.

15. El derrotero de la inoponibilidad en la Argentina

En un principio, los jueces argentinos procuraron hacer primar la verdad sobre las apariencias formales sorteando el recurso ficticio de la persona jurídica echando mano al principio de la *equidad*, la teoría del *abuso del derecho* o el instituto de la *lesión*, dictando, en consecuencia, fallos que desenmascararon hechos fraudulentos y contrarios a la ley.

No obstante de haber sido admitida sin cortapisas en el derecho anglosajón, la teoría del *Disregard* no fue aceptada sino tibiamente en sus comienzos en el derecho argentino. Su aceptación en los tribunales argentinos corrió distinta suerte según los fueros; en rigor, fueron los jueces laborales quienes la adoptaron al inicio con mayor interés —aunque, es cierto, avanzando incluso más allá de lo razonable—, en tanto que los jueces civiles y comerciales fueron mucho más reacios a aplicar la doctrina del corrimiento del velo societario.

Por lo señalado precedentemente, MARTORELL, con tono crítico, sostenía por entonces que "la actualidad judicial demuestra que, si se requiere en los tribunales la desestimación de la personalidad de una compañía mercantil, aunque esté acreditado todo tipo de abusos, se lo denegará 'so capa' de que estos últimos no han sido probados 'acabadamente' (como si algo pudiera serlo, en este mundo imperfecto); si se solicita una 'extensión de quiebra', se nos dirá que no se ha acreditado el ´control', que la dirección no está tan 'unificada' como hemos sostenido, o que no ha existido 'fraude' ni actuación como dominus negotti en la medida deseable. Y que, si requerimos la intervención judicial, co-administración o veeduría de una sociedad determinada, aparecerá el 'sambenito' del 'criterio restrictivo' de las medidas cautelares de esta

índole, cuya intención supuestamente preservadora del 'sano funcionamiento' de la operatoria corporativa, costó la vida a muchas más sociedades que el que hubiera producido un uso 'cuasi imprudente' de este mecanismo saneador societario".

Finalmente y gracias a la importantísima labor desarrollada por laboriosos y destacados juristas como PERROTTA, MOSSET ITURRASPE, MARTÍNEZ RUIZ, BORDA, FARGOSI, DOBSON, MANOVIL, RIVERA, MARTORELL y otros, se fue produciendo una tendencia favorable a desacralizar y desmitificar a la persona jurídica, respecto de la cual había primado el dogma de la impenetrabilidad, lo que auspició la incorporación normativa de la doctrina de inoponibilidad de la persona jurídica en el derecho positivo argentino; en concreto, a través de las siguientes leyes especiales: la ley 19.550 de Sociedades Comerciales, la ley 22.917 de Concursos y Quiebras y la ley 20.744 de Contrato de Trabajo.

Esta tendencia legislativa adscribió y recogió, oportunamente, las siguientes premisas predicadas por la doctrina, esto es, que la persona jurídica ha sido creada para sacar provecho de ella con responsabilidad, sin que dicha figura importe otorgarle a sus miembros un manto de impunidad, un *bill* de indemnidad; por el contrario, ha sido creada para generar empleo, para lograr el desarrollo de actividades industriales, con fines benéficos, altruistas, para generar riqueza, producir bienes y servicios, etc., pero respondiendo por sus actos. La persona jurídica no ha sido creada ni autorizada para evadir impuestos, perjudicar a terceros, diluir responsabilidades, para embolsar dinero sin riesgo personal alguno (cabe recordar que antiguamente los socios respondían personalmente por las deudas sociales con su patrimonio).

Es que de no ser así, se crea en favor de un recurso formal como la persona jurídica un privilegio irritante que atenta contra el principio de igualdad de las personas, al darle una protección a la persona jurídica en desmedro de la persona física; y repugna al sentido de justicia, que, delincuentes económicos, parapetándose tras el manto protector de la persona jurídica eludan la acción de la ley, pues la persona jurídica no puede crear un manto de impunidad en perjuicio de terceros. El desafío en su momento fue sincerar esta situación e instar a una parte de los jueces y de los juristas a dejar de hacer gala de "conceptualismo" que contradecía la realidad. Este "conceptualismo" que particulariza a la comunidad jurídica argentina, fue el responsable de haber precipitado un cuadro de exacerbada (y exagerada) prudencia favorable al dogma de la impenetrabilidad de la persona jurídica que fue aprovechado por los "pillos" para delinquir.

Lo cierto es que, felizmente, luego de un derrotero que llevó más de cincuenta años, actualmente la *teoría del disregard*, *desestimación de la*

persona jurídica, *corrimiento del velo societario* o *inoponibilidad*, o como quiera denominárselo en el futuro, constituye, en materia legislativa, una realidad de nuestro país con la sanción del nuevo Cód. Civ. y Com. que entró en vigencia 1º de agosto de 2015.

16. La introducción de la inoponibilidad en el nuevo Código Civil y Comercial

Si bien la inoponibilidad ya había sido receptada por leyes como la de Sociedades Comerciales (ley 19.550) o la de Concursos y Quiebras (ley 22.917) y la de Contrato de Trabajo (ley 20.744), frecuentemente, los magistrados de nuestro país se rehusaron a utilizar la inoponibilidad como un remedio para neutralizar los manejos espurios de personas que, aprovechándose de la envoltura de la persona jurídica, se dedicaron a perjudicar a terceros, todo ello bajo la famosa premisa de la "seguridad jurídica".

El nuevo art. 144 del Cód. Civ. y Com. que sanciona el abuso de la utilización de la personería jurídica, lleva por título la *Inoponibilidad de la personalidad jurídica* y dispone que "La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieren posible, quienes responderán solidariamente e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados".

En los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma del Cód. Civ. y Com. se señaló que los términos allanamiento, desestimación e inoponibilidad son similares y en tal sentido afirmó: *"*Rige la desestimación, prescindencia, inoponibilidad, etc., de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación (...) Que el rótulo 'inoponibilidad de la personalidad jurídica' debe hacérselo extensivo a cualquier persona jurídica privada ya que el abuso en su constitución, la desvirtuación de su finalidad, tanto genérica como en la posterior dinámica funcional, constituyen manifestaciones de una utilización desviada del recurso de la personalidad, que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica, lo cual fundamenta la previsión del instituto en un sistema general*".*

Con lo cual, si antes la teoría del *Disregard*, *alter ego* de la inoponibilidad, etc. etc., era de posible aplicación en el ámbito del derecho societario o en materia concursal o en cuestiones laborales, hoy será posible también hacerlo en el ámbito de las relaciones civiles. Ya no hay más excusas y no podrán los jueces argentinos y, más aún, aquellos

magistrados del fuero civil, afirmar y menos sostener que la persona jurídica es algo inviolable, infranqueable, ni que al hacerlo, se atenta contra la seguridad jurídica, ni tampoco que de hacerlo se lo deba hacer en forma restringida. Muy por el contrario, así como el nuevo Código pone en manos de los jueces una amplia libertad de interpretación, también pone en ellos las herramientas para que velen porque la justicia no sea ni ciega, ni sorda y que resuelvan en cada caso en concreto que tienen por delante lo que es justo y equitativo y no atados a formalismos que son nada más que formas tendientes a perjudicar al más indefenso y débil.

La teoría del *Disregard* en su acepción de inoponibilidad, como bien señala MARTORELL, consagrada en el nuevo art. 144 del Cód. Civ. y Com. le da carta de ciudadanía a la teoría de la penetración (y, agregamos, en todos los ámbitos de nuestro derecho) cuya aplicación en materia de sociedades civiles, asociaciones, fundaciones, cooperativas y entes no mercantiles venía siendo severamente cuestionada por no pocos magistrados.

Si bien es cierto lo que señala LAVALLE COBO, en cuanto a que la incorporación de la inoponibilidad que el legislador hace en el art. 144 del Cód. Civ. y Com. había sido ya receptada por la ley 19.550, no es menos cierto que ahora la inoponibilidad se la ha ampliado, por cuanto ya no solo se habla de la imputación de la actuación de la sociedad, sino que se habla de *toda actuación de la persona jurídica, como así también que al referirse al perjudicado por la actuación lo hace respecto a cualquier persona y no ya solo a socios o a los controlantes* como dice el art. 54 de la ley 19.550, sino que además se refiere también a asociados y miembros de la persona jurídica que en el referido artículo no se encontraban alcanzados, para finalmente hacerlos responsables solidariamente e ilimitadamente por los perjuicios causados. Esto último fue un agregado efectuado por el Poder Ejecutivo al proyecto de la Comisión Redactora.

La recepción del instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica como un principio general, por el nuevo Cód. Civ. y Com., no puede sino tener una extraordinaria bienvenida, tal como señala con todo acierto MARTORELL, quien afirma que esto pone fin a una interpretación restrictiva de la teoría del *disregard*, por cuanto al haber sido adoptada por un Código "Civil y Comercial", le da "carta de ciudadanía" a la teoría de la penetración cuya aplicación en materia de sociedades civiles, asociaciones, fundaciones, cooperativas y entes no mercantiles venía siendo severamente cuestionada —cuando no lisa y llanamente denegada en su aplicación— por no pocos magistrados.

También debe verse con beneplácito que el legislador del año 2014 haya considerado necesario destacar las consecuencias de las violaciones legales mencionadas en el texto, estableciendo que quienes

las cometan o hayan intervenido como "(...) participantes en los hechos", "(...) responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

Está claro que la doctrina de la inoponibilidad debe ser aplicada con prudencia, pero también con firmeza, por cuanto deben preservarse dos elementos fundamentales en las relaciones jurídicas que son dos valores fundamentales en el ordenamiento jurídico de un país: la seguridad jurídica y el sentido de justicia, que a veces están enfrentados y consecuentemente en muchos casos el valor seguridad jurídica debe ceder en pos de un valor superior, el valor justicia.

§ 2.— CLASIFICACIÓN

17. Clasificación de FREITAS y terminología del Código

VÉLEZ en el Código empleaba en los arts. 31 y 32 las expresiones *personas de existencia ideal* y *personas jurídicas*. ¿Se trata de conceptos sinónimos? Veamos cual ha sido la evolución.

Para FREITAS, que ha sido la fuente de esta materia, no lo eran. En el *Esboço*, se designa como personas de existencia ideal a todos los entes que no sean de existencia visible o natural. A su vez, se clasifican en públicas y privadas (art. 273). Las primeras son las personas jurídicas propiamente dichas, que requieren la autorización del Estado; y se dividen a su vez en personas de existencia necesaria y de existencia posible. En cambio, personas privadas son las que funcionan como tales sin autorización del Estado, a saber: las sociedades civiles y comerciales, las herencias yacentes, las representaciones voluntarias y necesarias (art. 278).

La terminología de FREITAS resulta inactual. Hoy se denomina privadas a las personas que él llama de existencia posible y que ubica dentro de las públicas. Además, reputa personas a las representaciones voluntarias o necesarias, lo que importa una gruesa confusión de conceptos. Pero el jurista brasileño tuvo el acierto de advertir que era necesario establecer una distinción entre la persona jurídica típica, es decir, aquella cuya existencia depende del otorgamiento de la personería, por un lado, y las sociedades civiles y comerciales, por otro.

Se ha sostenido que nuestro codificador siguió este sistema y que, por tanto, personas de existencia ideal y personas jurídicas no son sinónimas. La primera sería una expresión genérica, que comprendería a las segundas y a las personas de existencia ideal propiamente dichas, que serían las simples sociedades.

Empero, en la doctrina más corriente y en la jurisprudencia, ambas expresiones se usan indistintamente y designan un mismo concepto. Esta terminología fue la que se impuso definitivamente en la redacción del art.

33 que fuera reformado por la ley 17.711, que involucraba, bajo la denominación de personas jurídicas, a todos los entes que no son personas humanas.

Finalmente, cabe notar que VÉLEZ, siguiendo a FREITAS, había adoptado en el art. 33 la clasificación de persona de existencia necesaria y posible, lo que era una clasificación imperfecta, extraña al derecho moderno y con razón sustituida, como señaláramos, por la ley 17.711 por la de persona de derecho público y de derecho privado (art. 33, nueva redacción), criterio este que fue adoptado por el nuevo Cód. Civ. y Com. en los arts. 145 y 148.

A.— PERSONAS DE DERECHO PÚBLICO

18. Concepto. Distinción con las privadas

No es tarea sencilla precisar el concepto que ha de presidir la distinción entre personas de derecho público y de derecho privado. Es verdad que la ubicación de algunos entes resulta clara; así, por ejemplo, el Estado debe ser incluido entre las primeras; las sociedades anónimas, entre las segundas. Pero las dificultades se advierten cuando se trata de entidades que se encuentran, por decir así, en una zona intermedia, como las compañías concesionarias de servicios públicos, las llamadas sociedades mixtas, etc.

Por nuestra parte, creemos que la nota más precisa de distinción entre las personas de derecho público y las privadas reside en el origen de la entidad: las primeras son creadas, cada una de ellas, por una ley especial; en cambio, las segundas nacen de la voluntad de sus miembros o del fundador. Al hablar de origen, no atribuimos a esta palabra un sentido histórico, pues muy bien puede una entidad pública haber tenido su origen en una creación privada. La Universidad de Córdoba, hoy persona de derecho público, fue fundada por el obispo Trejo y Sanabria y durante siglos fue una institución particular. Pero para que adquiera carácter de pública, es necesario que la entidad sufra una transformación de su régimen jurídico determinada por una ley especial.

La excepción a esta regla la constituye la Iglesia, que por una tradición jurídica arraigada en algunos pueblos católicos, es considerada como persona de derecho público.

Contribuyen, asimismo, a configurar a las personas de derecho público las siguientes características:

a) Estas entidades se proponen de manera inmediata, directa y exclusiva, un fin de interés público. En cambio, las privadas solo persiguen, por lo general, una ventaja para sus miembros aunque en forma mediata resulte un beneficio público; así, por ejemplo, las sociedades comerciales se constituyen con propósito de lucro, aunque sin

duda, contribuyen a aumentar la riqueza nacional, la producción, etc.; o bien se proponen un fin de interés público inmediato, como las sociedades concesionarias de servicios públicos, los colegios particulares, etc., pero al mismo tiempo persiguen un lucro privado. Sin embargo, las sociedades mixtas, que nosotros ubicamos entre las entidades de derecho público, también persiguen fines de lucro privado; además, la mayor parte de las fundaciones se proponen un fin público inmediato y exclusivo y no por ello son entidades públicas.

b) Las entidades de derecho público poseen, por lo general, el *imperium* que les corresponde como integrantes de la Administración Pública; aunque debe notarse que algunas entidades particulares, concesionarias de servicios públicos, poseen *imperium*.

De lo expuesto se desprende que el fin público inmediato y exclusivo y el *imperium* no son características privativas de las entidades de derecho público ni las poseen siempre; empero, es indiscutible que se dan más constantemente en ellas que en las privadas y que están de acuerdo con su naturaleza intrínseca. Si no infalibles, son criterios útiles de distinción.

19. Enumeración

Las personas de derecho público son las siguientes: 1º) el Estado nacional; 2º) las Provincias; 3º) la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 4º) los municipios; 5º) las entidades autárquicas; 6º) las organizaciones que el ordenamiento jurídico les atribuya ese carácter (art. 146 Cód. Civ. y Com.); 7º) los Estados extranjeros; 8º) las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca tal carácter; 9º) toda persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable y 10º) la Iglesia Católica.

20. El Estado nacional y las Provincias

Ninguna duda existe respecto del carácter de persona jurídica del Estado, sea nacional o provincial. En verdad, es la persona jurídica por excelencia, puesto que representa la sociedad toda, su organización política, jurídica y económica.

21. Los municipios

También los municipios son personas jurídicas de derecho público. Aquí se advierte ya los inconvenientes de la terminología original del Código, que hablaba de personas de existencia necesaria cuando, en realidad, no toda población tiene municipio; para que este exista es preciso una ley de creación, sea nacional o provincial. Los municipios que estaban organizados como tales a la fecha en que se sancionó la CN deben considerarse subsistentes, sin necesidad de ley especial (art. 5º, CN).

22. Entidades autárquicas

La complejidad y extensión que en la sociedad contemporánea han adquirido las actividades del Estado han hecho nacer la necesidad de descentralizar algunos organismos encargados de ciertos servicios públicos. Estos desprendimientos de la Administración Pública, los entes autárquicos, se gobiernan por sí mismos y gozan de personería jurídica, que es de derecho público, puesto que no se trata sino de órganos del Estado. Tal es el caso del Banco Central, el de la Nación Argentina, etc. El estudio del régimen de estas entidades corresponde al derecho administrativo.

23. La Iglesia Católica

En su redacción originaria el art. 33 del Código de VÉLEZ enumeraba entre las personas de existencia necesaria a la Iglesia. Esta disposición, referida a un país católico, que por prescripción constitucional sostiene ese culto (art. 2º, CN), aludía inequívocamente a la Iglesia Católica, como se desprende, además, de la nota al mencionado artículo. Esta interpretación, que no admite disidencias, ha sido explicitada en el art. 33 que fuera reformulado por la ley 17.711, criterio este que fue receptado por el nuevo Cód. Civ. y Com. en su art. 146.

Por consiguiente, solo la Iglesia Católica debe ser considerada como una persona jurídica de existencia necesaria y de derecho público; las iglesias pertenecientes a otras religiones o cultos pueden ser personas privadas si reúnen los requisitos legales que la ley ha establecido para estas.

Por Iglesia Católica no solo debe entenderse la institución universal, el *corpus mysticum Christi*, sino también la organización nacional de la Iglesia.

Del mismo modo, tienen personería jurídica propia:

a) Las diócesis y las parroquias; b) las órdenes religiosas existentes en el país a la época de la CN; c) las congregaciones religiosas.

Las otras entidades con fines religiosos, como las cofradías, hermandades, etc., constituidas por laicos, no forman parte del concepto de Iglesia y están sujetas, por consiguiente, al régimen común de las personas de existencia posible o privada.

24. Sociedades de economía mixta

La extensión que han tomado las actividades del Estado, a que aludimos en el número anterior, ha llegado a veces a terrenos que antes estaban completamente en manos de la iniciativa privada. Cuando lo considera de interés público, el Estado se convierte a veces en comerciante o industrial. Para ello suele valerse de un instrumento que hace algunos años estuvo en auge en nuestro país: las sociedades de economía mixta. Se trata de entidades formadas en parte por capital del Estado y en parte por

capitales privados. Estas sociedades, en las que por lo menos algunos de los socios (los capitalistas particulares) persiguen un propósito de lucro, han sido imaginadas como medio de evitar la pesadez burocrática, propia de los organismos estatales.

Conforme el art. 149 del Cód. Civ. y Com. la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de estas, salvo que por ley o el estatuto puedan preverse derechos y obligaciones diferenciados en atención al interés púbico comprometido.

B.— Los Estados extranjeros, organizaciones de derecho internacional

25. Planteo de la cuestión: remisión

El art. 146, inc. b) del Cód. Civ. y Com. establece que son también personas jurídicas "los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público les reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable".

26. Estados extranjeros

En cuanto a los Estados extranjeros reconocidos expresa o tácitamente como miembros de la comunidad internacional, pueden actuar como personas jurídicas en nuestro país sin ningún otro requisito; igualmente, pueden hacerlo sus provincias y municipalidades, así como las otras personas de derecho público que actúen como órganos de aquellos (entes autárquicos).

El problema que plantean las personas jurídicas constituidas en el extranjero debe ser considerado en el derecho internacional privado, al cual remitimos. Por nuestra parte, hemos de limitarnos a indicar brevemente cuáles son las soluciones que han prevalecido en los principales tópicos de esta materia.

27. Personas de derecho privado. La cuestión de la autorización

Según el art. 146, estas personas constituidas en el extranjero tienen personería en nuestro país siempre que reúnan las mismas condiciones exigidas por el art. 150 para las que se forman aquí, en nuestro país.

Para actuar en nuestro país ¿necesitan estas personas jurídicas la autorización previa del Estado? Según la opinión prevaleciente en la jurisprudencia y en la doctrina nacionales, es necesario hacer una distinción: si se trata de la realización de actos aislados, la autorización no es necesaria; en cambio, sí lo es si se pretende ejercer una actividad permanente en el país. Esta solución es, sin duda alguna, la que más se ajusta a las leyes vigentes, y la que mejor consulta la defensa de los intereses públicos en juego.

28. Enumeración

El art. 148 del Cód. Civ. y Com. claramente individualiza las personas jurídicas de carácter privado. Así dice que son personas jurídicas de carácter privado: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; e, i) toda otra contemplada en este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal así se establezca o que resulte de la finalidad y normas de funcionamiento.

En los incs. b) y d) se enuncian las asociaciones y fundaciones que están constituidas sin fines de lucro.

29. Requisitos exigidos para las asociaciones y fundaciones

Para que las asociaciones y fundaciones puedan actuar como personas jurídicas privadas se requiere:

a) Un acto de voluntad, creador de la institución. Por lo general, la creación resultará del acuerdo de los asociados o miembros de las entidades; en las fundaciones, la creación del ente resulta de la voluntad única del fundador.

b) Un fin que no sea contrario al interés general o al bien común (arts. 168 y 193, respectivamente). No es necesario que las personas jurídicas se propongan un fin inmediato de bien público general, siempre que ese bien general resulte del objeto de las actividades de la entidad.

Ello es lo que ocurre con ciertas asociaciones civiles, cuyos fines parecen puramente egoístas, como, por ejemplo, los clubes sociales; inclusive estas entidades estimulan el espíritu de sociabilidad, de solidaridad o, simplemente, procuran el descanso y el esparcimiento de sus asociados y son, por lo tanto, socialmente útiles.

Se ha criticado la exigencia de nuestra ley, al requerir un fin de bien público: se sostiene que este es un concepto elástico y vago, que autoriza interpretaciones arbitrarias y permite desconocer el derecho de las asociaciones a obtener su personería jurídica: la ley solo debería exigir un fin lícito. Estas críticas no nos parecen, ni con mucho, decisivas. Al exigirse un objeto de bien común, se da la razón misma, la justificación de la existencia jurídica a estas entidades, pues precisamente porque persiguen ese fin es que debe reconocérseles personería. La palabra licitud, en este caso, es un término neutro, inexpresivo, que no penetra en la esencia del concepto de persona jurídica.

c) Necesitan poseer patrimonio propio (art. 154), lo que lleva implícita la capacidad de adquirir bienes. Además, la ley requiere que no subsistan

exclusivamente de asignaciones del Estado. Naturalmente, esta disposición no impide que aquel pueda otorgar subvenciones a las personas jurídicas, lo que hace con frecuencia, cuando se trata de entidades culturales, artísticas, literarias, etc. Pero la entidad no debe subsistir exclusivamente de las asignaciones del Estado. La disposición se justifica plenamente, porque en tal caso todo su patrimonio pertenecería al Estado y no existiría una entidad distinta de aquel, sino que sería uno de sus organismos.

d) Finalmente, es necesaria la autorización del Estado, que es el elemento formal, pero no por ello menos indispensable, para la existencia de las personas jurídicas.

30. Distinción conceptual entre asociaciones y fundaciones

Aunque más adelante desarrollaremos el tema de las asociaciones y fundaciones, es conveniente adelantar desde ahora una distinción conceptual. Las primeras son entidades creadas por un acuerdo de voluntades de varias personas, que persiguen un fin de interés común, sea altruista o lucrativo. A las fundaciones, en cambio, las crea una persona, sea natural o jurídica, que hace una donación o legado con el objeto de que se destine a un cierto fin, siempre altruista, fijando las reglas a que ha de ajustar su desenvolvimiento la entidad, designando sus administradores y la forma en que han de renovarse, etc.; así, por ejemplo, se destina una suma de dinero para la creación de un hospital, una universidad, etc., y al propio tiempo se proveen los gastos de administración y se dictan los estatutos.

Precisados estos conceptos previos, es fácil encontrar los caracteres distintivos entre unas y otras: 1º) las asociaciones nacen siempre del acuerdo de una pluralidad de miembros; la fundación nace de la voluntad de una persona y se gobierna según las normas fijadas por ella; es verdad que dos o más personas pueden ponerse de acuerdo y hacer una donación conjunta para crear una fundación; pero además de que tal hipótesis es excepcional, lo sustancial es que en las primeras el acuerdo es necesario, no así en las segundas; 2º) en las asociaciones, sus miembros son los que gobiernan la entidad, la transforman, la disuelven; en las fundaciones, el gobierno de la entidad está regulado por la voluntad del fundador y los administradores no pueden apartarse de ella; 3º) el patrimonio de las asociaciones tiene un fin propio a cumplir: los miembros son los interesados en ese fin; en cambio, las fundaciones realizan un fin ajeno, el del fundador, y los destinatarios son extraños a la entidad; así, por ejemplo, los beneficiarios del servicio hospitalario, de una institución cultural, etc. Las fundaciones no tienen miembros sino destinatarios.

31. Sociedades

El art. 148 reconoce la calidad de personas jurídicas privadas a las sociedades o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización del Estado para funcionar.

Este artículo pone definitivamente fin a una cuestión que durante años dividió a nuestra doctrina, aunque es necesario decir que ya antes de la reforma de la ley 17.711 la cuestión había sido zanjada en favor de la tesis de que estas entidades son personas jurídicas. Y es natural que así sea, pues lo que sustancialmente caracteriza a una persona jurídica es su capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Y desde el momento en que la ley les reconoce a estas entidades esa capacidad aun sin requerir autorización del Estado, es claro que tienen carácter de personas jurídicas.

En el caso de las sociedades no se exige como fin de la persona jurídica el bien común y es natural que así sea, porque la mayor parte de las veces las sociedades tienen fines puramente egoístas. Pero eso sí, su fin no debe ser contrario a la moral y buenas costumbres o a los intereses públicos. Tal contrato sería nulo.

Debe tener un patrimonio propio (art. 154), lo que es absolutamente lógico porque no se concibe una sociedad que no tenga patrimonio o en la cual los socios no puedan administrar y disponer de sus bienes desde que el ámbito en que se mueven estas entidades es esencialmente patrimonial.

32. Distinción entre asociación y sociedad

Si bien la palabra asociación es genérica y hábil para designar toda suerte de entidades nacidas de un acuerdo de sus miembros, se la reserva generalmente para aquellas que no tienen fines de lucro; tales, por ejemplo, las asociaciones deportivas, artísticas, científicas, religiosas, políticas, gremiales (aunque la agremiación sea para defender intereses económicos, porque el gremio en sí no persigue un lucro), profesionales, etc. En cambio, a las entidades constituidas con fines lucrativos se las llama sociedades.

Las entidades no lucrativas no pierden ese carácter por la circunstancia de que desenvuelvan alguna actividad económica lucrativa: pueden vender artículos vinculados con sus actividades, tener un restaurante, cobrar entradas a socios o extraños para presenciar un partido, etc. Lo esencial en ellas es que no distribuyan dividendos o ganancias entre sus asociados.

§ 3.— ASOCIACIONES

A.— CONCEPTO E IMPORTANCIA

33. La asociación en el derecho moderno

El hombre es muchas veces impotente para realizar por sí solo sus deseos y aspiraciones.

Ya sea para defenderse en la lucha por la vida, para perfeccionarse cultural y moralmente, para protegerse contra los riesgos de enfermedades, invalidez o muerte, para luchar eficazmente por sus ideales, necesita unirse a otros hombres y mancomunar sus esfuerzos.

En las sociedades contemporáneas, el fenómeno asociacionista ha adquirido una extraordinaria importancia. En efecto, el desarrollo del capitalismo y de la técnica ha reducido a muy poco las posibilidades del individuo como tal. Pero lo que él solo no puede hacer, está al alcance de las asociaciones. Es, pues, por imperio de las necesidades que el hombre se asocia a otros en sindicatos, agremiaciones profesionales, mutualidades, entidades culturales, religiosas, científicas, artísticas, partidos políticos, clubes deportivos o sociales, etc.

Al ingresar en el grupo, el hombre pierde sin duda algo de su libertad, pues está sometido a su disciplina; pero, en cambio, gana en fuerza y seguridad, e, inclusive, puede recuperar su libertad perdida a consecuencia de su debilidad individual. Tal es el caso de los gremios. Mientras el obrero estuvo solo y aislado frente al patrón, se halló sometido a la voluntad de este, quien imponía las condiciones de trabajo, salario, etc.; en una palabra, carecía de libertad para contratar. La agremiación ha permitido oponer a la fuerza de los patrones una fuerza equivalente; las condiciones de trabajo se estipulan, no ya bajo la presión de una voluntad dominante, sino en condiciones de libertad.

Puesto que el derecho de asociación es esencial a la vida del hombre en sociedad, debe admitirse que es un derecho natural y como tal está amparado por la CN (art. 14).

B.— Órganos de gobierno

34. Distintos órganos de gobierno

Los órganos de gobierno de las asociaciones son creados por sus estatutos. Normalmente toda asociación tiene un órgano deliberativo, la asamblea; uno ejecutivo, la dirección, y uno de control, el síndico o comisión revisora de cuentas. Además, y respondiendo a distintas necesidades propias de cada institución, los estatutos suelen crear otros órganos de menor importancia, tales como el tribunal de honor, el tribunal de penas, etc.

35. La asamblea

La asamblea es la autoridad suprema de la institución: nombra y remueve la comisión directiva, controla y aprueba, o desaprueba su gestión,

establece la orientación que deben tener las actividades de la asociación, imparte directivas a los directores, puede modificar los estatutos, quedando sujeta la reforma a la ulterior aprobación del Poder Ejecutivo. Está formada por todos los socios con derecho a voto (puesto que los estatutos pueden negar ese derecho a ciertos miembros, por ejemplo, los adherentes, los menores de edad, etc.).

Pero si bien la asamblea tiene el gobierno supremo de la entidad, no puede ejercer sus poderes ilimitadamente. Por el contrario, sus decisiones deben ajustarse a los estatutos; a pesar de que tiene facultades para reformarlos, no puede apartarse de ellos puesto que, según lo hemos dicho, la modificación no tiene vigencia hasta tanto no haya sido aprobada por el Poder Ejecutivo.

Generalmente suele distinguirse entre las asambleas ordinarias, que se reúnen periódicamente para tratar asuntos de rutina (consideración de la memoria y balance, aprobación de cuentas, nombramiento de nueva comisión directiva a la expiración del mandato de la anterior, etc.); y las extraordinarias, que se reúnen especialmente convocadas para tratar asuntos graves o urgentes (remoción de los miembros de la dirección, modificación de los estatutos, disolución de la entidad, etc.). Pero los poderes de ambas son iguales.

36. La dirección

Además del órgano deliberativo y soberano que es la asamblea, las asociaciones poseen un órgano ejecutivo, la dirección.

A diferencia de aquella, que funciona periódicamente y solo en caso de ser convocada, la dirección actúa en forma permanente; tiene a su cargo la administración de la entidad, pero debe sujetar su gestión a las directivas trazadas por la asamblea. Sus integrantes son nombrados y removidos por la asamblea y responden ante ella de su actuación. Ejercen un mandato esencialmente revocable.

Por lo general, la dirección está constituida por varias personas que integran una comisión directiva; nada obsta, sin embargo, a que sea desempeñada por una sola persona. Esta modalidad es frecuente en asociaciones gremiales y el administrador suele llamarse secretario general.

Del mismo modo que lo que ocurre con las decisiones de la asamblea, las de la dirección están sujetas al control judicial; toda persona afectada por una medida ilegal o antiestatutaria puede recurrir a los jueces para reclamar su anulación.

La función de los directores puede ser tanto gratuita como rentada, nada obsta a que en los estatutos se establezca una remuneración.

37. Órganos de control

También poseen las asociaciones órganos de control que pueden ser unipersonales (síndico) o pluripersonales (comisión revisora de cuentas).

Sus funciones consisten en vigilar la observancia de las leyes y de los estatutos, tanto en la actuación de la dirección, como en la forma de la convocatoria de la asamblea, legitimidad de sus decisiones, etc. En particular, tienen el deber de revisar periódicamente los libros de contabilidad de la entidad y todos los documentos que se refieren al movimiento de fondos.

El síndico y la comisión revisora de cuentas son nombrados y removidos por la asamblea, del mismo modo que la dirección. Para desempeñar estos cargos no es necesario ser miembro de la entidad.

C.— Derechos y deberes de los miembros

38. Cómo se adquiere la calidad de miembro

En las asociaciones, el carácter de miembro se adquiere, bien por participar en el acto de la fundación, bien por incorporarse más tarde como asociado.

Hemos de ver que el acto fundacional, en el cual se redactan los estatutos, no es un contrato; tampoco lo es la incorporación posterior, aunque tenga la apariencia de un contrato de adhesión. En efecto, los derechos y deberes ulteriores se basan en los estatutos y reglamentos internos que pueden ser modificados con prescindencia de la voluntad del miembro, lo que excluye toda idea de contrato. Esto prueba, una vez más, que la asociación no es un contrato, sino una institución.

Las condiciones de ingreso deben fijarse en los estatutos.

39. Derechos

Los derechos y deberes de los miembros de una entidad están reglados, en primer término, por sus estatutos, que forman la ley fundamental de la persona jurídica; el objeto de la asociación o fundación solo puede suministrar un criterio general de apreciación, útil en caso de silencio de los estatutos o de que su interpretación suscite dudas.

40. Los derechos de los miembros de una asociación son múltiples y de variada naturaleza

Entre ellos podemos enumerar: derecho a intervenir en el gobierno de la entidad votando en las asambleas, derecho a ser elegido y a elegir administradores, a usar de las instalaciones, edificios, bibliotecas, laboratorios, campos deportivos, etc.; de participar de sus reuniones científicas o sociales, de recibir los beneficios de asistencia médica, jurídica, profesional e inclusive pensiones y ayudas pecuniarias en el caso de asociaciones mutualistas, etc. Si se tratare de personas jurídicas con

fines lucrativos, tendrán derecho a percibir dividendos o ganancias y a recibir la parte correspondiente en caso de disolución.

41. Obligaciones

El carácter de miembro supone, asimismo, obligaciones. Entre ellas cabe recordar: la de pagar las cuotas de ingreso y las periódicas, acatar los estatutos o reglamentos internos, así como las órdenes legítimas emanadas de los órganos de la asociación; asistir a las reuniones de las asambleas y cooperar al cumplimiento del objeto o idea central de la asociación, lo que implica, naturalmente, la obligación de abstenerse de todo acto susceptible de perjudicar a la entidad, etc.

42. Cómo se pierde la calidad de miembro

El carácter de miembro se pierde por renuncia, por muerte o por expulsión. En caso de asociaciones cuyos miembros interesen exclusivamente por el aporte económico, se lo pierde por la cesión de la cuota social.

El derecho a renunciar a la calidad de asociado no puede ser desconocido ni aun en los estatutos, pero, en cambio, se lo puede reglamentar exigiéndose un determinado preaviso, o que el pago de las cuotas sociales esté al día.

D.— Poder disciplinario

43. Facultades disciplinarias

La existencia de una institución requiere ineludiblemente un poder disciplinario que mantenga la cohesión del grupo humano que forma su *substractum*; es inevitable, por consiguiente, reconocer a las personas jurídicas facultades disciplinarias sobre sus miembros.

Pero no solo se trata de una exigencia vital para las asociaciones; como lo hace notar con acierto Páez, representa importantes ventajas para el Estado, puesto que descarga a sus tribunales de una cantidad de litigios que son reglados de modo expeditivo por las jurisdicciones privadas, y además, en la medida en que el cumplimiento correcto de sus deberes por los miembros interesa al orden general de la sociedad, puede ser un factor poderoso de moralización social.

Las penas disciplinarias son las siguientes: a) de carácter puramente moral: el llamado al orden, la prevención, la amonestación; b) de carácter pecuniario: la multa, la privación de ciertos derechos o ventajas económicas inherentes a la calidad de socio; c) la suspensión; d) la expulsión.

44. Expulsión del miembro

La pena más grave, entre todas las que puede aplicar una persona jurídica, es la expulsión del miembro. Las causas más frecuentes de esta medida son el atraso en el pago de las cuotas sociales, actitudes que comprometen el decoro de la entidad y de los otros asociados, grave indisciplina y, en general, los hechos que impliquen falta de espíritu corporativo y de solidaridad asociacional.

Pero este derecho no puede ser ejercido arbitrariamente. Es preciso que se haya cumplido el procedimiento previsto en los estatutos: además, la medida debe ser intrínsecamente legítima. Los afectados tienen recurso ante los tribunales para apelar de una expulsión antirreglamentaria o injusta.

E.— Control judicial

45. Su necesidad

Las personas jurídicas y las asociaciones en general no están fuera sino dentro del orden jurídico positivo de un Estado. Sus actividades deben ser conforme a las leyes y a los estatutos; esta regla no solo se aplica a las relaciones de la entidad con terceros, sino también con sus propios miembros. Por consiguiente, todo acto de los órganos sociales que fuera ilegítimo o antiestatutario hace nacer un recurso ante los jueces, ya en defensa de la institución, ya de los socios; tal sería, por ejemplo, el recurso para hacer declarar la nulidad de lo resuelto en una asamblea que no fue regularmente convocada, o que siéndolo adoptó resoluciones que exceden sus poderes; o bien las de los órganos sociales que afecten los derechos de los socios y particularmente aquellos que importen una sanción.

Con alguna frecuencia, las personas jurídicas pretenden escapar al control judicial incluyendo en los estatutos cláusulas que establecen el carácter inapelable de las decisiones adoptadas por sus órganos. Hasta hace no mucho tiempo, nuestra jurisprudencia había aceptado la validez de tales cláusulas y negado en ese caso el recurso de apelación ante los tribunales. Este criterio dio lugar a fallos tan manifiestamente injustos como el siguiente: un socio del Centro de Protección de Choferes, que padecía de una grave enfermedad visual, reclamó de la entidad el pago del subsidio que los estatutos preveían para estos casos; revisado por los médicos del Centro, estos dictaminaron que no había incapacidad; sobre esa base, la asamblea, cuyas decisiones eran "definitivas", según los estatutos, denegó el subsidio. Llevada la cuestión a los tribunales quedó comprobada de manera concluyente la existencia real de la incapacidad alegada; no obstante ello, el tribunal consideró que como los estatutos establecían que la decisión de la asamblea era definitiva, no cabía la revisión judicial. Con este criterio no solo se protegió una injusticia notoria,

sino que se autoriza la actuación, incluso de mala fe, de los órganos asociacionales.

Es por ello que en nuestra jurisprudencia se advierte una firme tendencia a reconocer la procedencia del recurso aunque los estatutos los prohibieran. La jurisdicción judicial es de orden público; las actividades de las asociaciones no podrían substraerse a su control sin provocar un desquiciamiento del orden jurídico positivo, al que aquellas están sometidas.

§ 4.— Fundaciones

46. Concepto. El acto creativo

Las fundaciones son entidades creadas con un objeto altruista y dotadas de un patrimonio para su cumplimiento. Para un mayor desarrollo de esta idea nos remitimos al nro. 494.

La fundación nace por un acto de voluntad del fundador. Este puede ser una persona natural o jurídica.

El acto creativo debe contener: a) los datos del fundador (nombre, estado, domicilio, número de documento de identidad); si se tratare de una persona jurídica los datos de esta (razón social o denominación), domicilio, acreditar la existencia de la entidad fundadora, su inscripción registral y la representación de quien comparece al acto; b) nombre y domicilio de la fundación; c) designación del objeto que debe ser preciso y determinado; d) patrimonio inicial de la entidad, integración y recursos futuros; e) plazo de duración; f) organización del Consejo de administración; g) cláusulas atinentes al funcionamiento de la entidad; h) procedimiento y régimen para la reforma del estatuto; i) fecha del cierre de ejercicio anual; cláusulas de disolución y procedimiento para su liquidación y destino de los bienes, y j) Plan trienal de acción (arts. 195 y ss., Cód. Civ. y Com.).

La entidad adquiere vida y personería solo a partir de que el Estado le confiere autorización para funcionar (art. 193, apart. 2º, Cód. Civ. y Com.).

47. Constitución de la fundación

La fundación debe constituirse necesariamente por instrumento público (art. 193), el que deberá ser presentado a la autoridad administrativa a fin de requerir la autorización para funcionar. Dicha autorización es un requisito ineludible de la constitución de la fundación (art. 193, apart. 2º).

La autorización no se otorgará si no se demuestra que la entidad tiene un patrimonio adecuado para la realización de sus fines. Sin embargo, aunque el capital inicial no sea de por sí suficiente para lograr dichos fines, podrá concederse la autorización si de los antecedentes de los fundadores, de las personas contratadas por la entidad o las

características del programa a desarrollar, resultara una capacidad potencial para cumplir los fines (art. 194).

Las promesas de donación hechas por el fundador a la entidad que está en vías de constitución devienen irrevocables a partir de la resolución administrativa que concede autorización para funcionar como fundación; y la entidad tiene acción para reclamar el cumplimiento de dicha promesa (arts. 197 y 198).

También pueden constituirse por testamento, en cuyo caso incumbe al Ministerio Público asegurar su concreción con los herederos y el albacea; si los herederos no se ponen de acuerdo entre sí o con el albacea en la redacción del estatuto y acta constitutiva, las diferencias serán resueltas por el juez, previa vista al Ministerio Público y a la autoridad de control (arts. 219 y 220 Cód. Civ. y Com.).

Los fundadores y administradores son solidariamente responsables de las obligaciones contraídas hasta el otorgamiento de la autorización para funcionar, salvo el recurso que puedan tener contra la entidad (art. 200).

48. Órganos administrativos

Los órganos administrativos de las fundaciones son los siguientes:

a) El Consejo de Administración, que tiene todas las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto de la fundación, dentro de las condiciones fijadas en los estatutos.

Los estatutos deben contener necesariamente la forma de designación de los miembros del Consejo (art. 195, inc. f]); y los fundadores pueden reservarse para sí la calidad de miembros de él o la facultad de designar los miembros del Consejo (art. 202).

Los miembros del Consejo no pueden ser menos de tres (art. 201) y pueden serlo personas físicas o entidades públicas o privadas sin fines de lucro (art. 203). Pueden ser permanentes o temporarios (art. 204).

Los miembros del Consejo no podrán recibir retribución alguna por el ejercicio de sus cargos (art. 206).

b) El Comité ejecutivo. No es indispensable la existencia de este Comité, pero los estatutos pueden organizarlo para facilitar la administración de la fundación (art. 205). Tiene directamente a su cargo dicha administración o las facultades que en él delegue el estatuto (art. 205). Dicha delegación puede hacerse también en una o más personas, sean o no miembros del Consejo (art. 205).

Los miembros del comité ejecutivo pueden percibir algún tipo de retribución pecuniaria de acuerdo con la labor encomendada (art. 205, apart. 2º).

Organizado el Comité ejecutivo, la administración inmediata queda en sus manos y el Consejo de Administración pasa a ejercer funciones de control y vigilancia.

Los estatutos deben prever el régimen de reuniones del Consejo y del Comité. El *quorum* será de la mitad más uno de sus integrantes y las decisiones se tomarán por mayoría absoluta de los votos presentes, salvo que el estatuto establezca mayorías especiales. En caso de empate, el presidente del Consejo o del Comité tiene doble voto (art. 207).

49. Modificación del objeto y disolución de la fundación

Las reformas de los estatutos pueden disponerse por mayoría de los miembros del Consejo de Administración; y si la reforma importa un cambio de objeto de la entidad, la mayoría debe ser de dos tercios. El cambio de objeto solo será posible cuando el establecido por el fundador hubiere llegado a ser de cumplimiento imposible (art. 216).

En caso de disolución, el remanente de los bienes deberá destinarse a una entidad de carácter público o de carácter privado de bien común y sin fines de lucro. La entidad beneficiaria del remanente de los bienes debe tener su domicilio en la República, a menos que la fundación hubiere sido extranjera. El traspaso de los bienes debe hacerse previa aprobación de la autoridad de control.

50. Autoridad de control

La autoridad administrativa de control tiene las siguientes atribuciones: a) aprueba los estatutos y su reforma; b) fiscaliza el funcionamiento de la entidad y controla el cumplimiento de los estatutos; c) puede solicitar judicialmente la designación de administradores interinos cuando no se llenasen las vacantes en sus órganos administrativos; d) puede solicitar judicialmente la suspensión o remoción de los administradores que hubieren violado los deberes de su cargo y pedir la nulidad de las resoluciones contrarias a las leyes o los estatutos tomadas por aquellos; incluso, pueden, antes de dar intervención a la Justicia, suspender el cumplimiento de dichas resoluciones, si hubiere urgencia en hacerlo; e) aprobar el cambio de objeto de la entidad, cuando el fijado por el fundador se hubiere hecho de cumplimiento imposible; en cuyo caso deberá procurarse respetar en la mayor medida posible, la voluntad de aquel; f) disponer la fusión de dos o más fundaciones cuando se hubiere hecho de cumplimiento imposible el objeto de una de ellas o cuando la multiplicidad de fundaciones con objeto análogo hiciere aconsejable esta medida para su mejor desenvolvimiento, siempre que fuere manifiesto el mayor beneficio público; g) retirar la personería jurídica cuando se diesen algunos de los supuestos establecidos en los arts. 163, 221, 222, 223 y 224 del Cód. Civ. y Com.

51. Recursos jurisdiccionales

Contra las resoluciones de la autoridad administrativa que denieguen la autorización para la constitución de la fundación o que retiren la personería jurídica, habrá recurso de apelación por ilegitimidad o arbitrariedad ante la Cámara Civil respectiva. Igualmente podrán apelar los órganos de la entidad contra la decisión de la autoridad administrativa de cambiar el objeto de la entidad o de fusionar varias fundaciones (art. 224). El recurso debe sustanciarse por el procedimiento más breve. También los órganos de la fundación pueden deducir un recurso contra las resoluciones que dicte la autoridad de control en las situaciones previstas en el art. 223, esto es, por cambio de objeto o por haberse dispuesto la fusión de dos o más fundaciones.

§ 5.— Principio de la existencia de las personas jurídicas

A.— La autorización

52. El principio

El art. 142 del Cód. Civ. y Com. establece que comienza la existencia de la persona jurídica privada desde el día de su constitución. No se necesita autorización para funcionar salvo disposición legal en contrario. Cuando se requiere autorización del Estado no pueden funcionar hasta que no la obtenga.

Esta disposición alude exclusivamente a las personas jurídicas de derecho privado; las de derecho público se rigen por la ley de creación, que inclusive fija el momento desde el cual comienzan a existir como entes con personería propia. Más aún: se refiere solo a las entidades privadas respecto de las cuales la autorización del Estado es esencial, que son las asociaciones y las fundaciones.

Por tanto, para que estas entidades tengan existencia como personas jurídicas, es necesario: a) que los fundadores las hayan dotado de los requisitos legales, a saber, fin de bien común y patrimonio propio; b) recién entonces podrán solicitar la autorización del Estado, comenzando la existencia a partir de esta.

53. Poder que la otorga. Formas

Según el art. 142, no se necesita autorización legal para funcionar salvo disposición en contrario. En este caso la autorización estatal será otorgada por el órgano competente.

Contra la resolución que deniega la autorización cabe un recurso ante el Poder Judicial, fundado en la ilegitimidad o la arbitrariedad de la resolución apelada.

B.— Efectos de la autorización

54. Retroactividad

La autorización estatal marca el comienzo de la existencia de las personas jurídicas para aquellas que requieran tal autorización; concedida la autorización, la existencia de aquellas queda legitimada con efecto retroactivo hasta el momento en que se llevó a cabo la fundación.

55. a) Los actos celebrados por los fundadores

En el período que corre desde la fundación hasta la autorización del Poder Ejecutivo, que a veces es prolongado, resulta a menudo necesario celebrar ciertos actos en nombre de la entidad en formación; tomar personal, hacer contratos de locación para la sede social, etc.

Si la sociedad no llegase a constituirse definitivamente, porque el Poder Ejecutivo le denegase la personería, o porque los mismos socios desistieran de ella, aquellos actos obligan personalmente a los fundadores, que responden ante los terceros con quienes hubiesen contratado por todas sus consecuencias. Pero si la sociedad obtiene su personería, los fundadores quedan desligados de su responsabilidad: los actos se suponen hechos por la persona jurídica, puesto que tal es la consecuencia del efecto retroactivo establecido en el art. 142.

Debemos agregar, sin embargo, que algunos fallos habían declarado que los fundadores son siempre responsables por los actos celebrados antes de la constitución definitiva de la entidad, aun en el caso de que más tarde se le otorgara personería.

Pero el nuevo Cód. Civ. y Com. ha consagrado la buena doctrina: los directores y fundadores son solidaria e ilimitadamente responsables frente a terceros por las obligaciones contraídas hasta el momento en que se obtiene la autorización para funcionar (art. 200, Cód. Civ. y Com.); es decir, que a partir de la inscripción, la sociedad es la única responsable.

56. b) Donaciones y legados

¿Pueden percibir donaciones o legados las personas jurídicas, antes de obtener la autorización estatal?

Para el caso de que la donación o el legado tengan por objeto fundar la entidad, ninguna duda cabe, puesto que los arts. 194 y concs. del Cód. Civ. y Com. lo autorizan expresamente.

No resulta tan fácil resolver si tales donaciones o legados resultan lícitos no ya cuando tienen por objeto fundar la entidad, sino, simplemente, aportar fondos a una entidad en formación, pero que todavía no tiene existencia legal. Por nuestra parte, creemos que el art. 200 del Cód. Civ. y Com. concluye con toda cuestión a este respecto, pues es evidente que si la autorización tiene efectos retroactivos al momento de la fundación, es indudable que, concedida aquella, se considera que tiene personería

jurídica desde el instante en que se la fundó y puede, en consecuencia, recibir donaciones o legados.

§ 6.— Los estatutos

57. Concepto y naturaleza jurídica

Los estatutos son las reglas básicas sobre las cuales se estructura la organización y la vida de las personas jurídicas. En ellos están determinados el fin u objeto de la entidad, su nombre y domicilio, sus órganos de gobierno, los derechos y deberes de los miembros, formación e inversión del patrimonio y, finalmente, la disolución y el destino de los bienes. Forman la ley fundamental de las personas jurídicas, cuyas actividades deben ajustarse a sus disposiciones. De lo dicho se desprende que los estatutos constituyen un requisito necesario para la concesión de la personería jurídica.

Ahora bien: ¿cuál es la naturaleza de los estatutos?

La doctrina tradicional veía en ellos un contrato. Como son redactados y establecidos de común acuerdo por los fundadores, se entendía que ese acuerdo de voluntad importaba un contrato de sociedad. Es verdad que los estatutos no solo son obligatorios para los socios fundadores, sino también para los que se incorporan después, lo que choca con aquella idea, pues no se ve claro cómo un contrato puede obligar a terceros; pero esta dificultad se salvaba afirmándose que la incorporación de un nuevo miembro importa un contrato de adhesión y que, por ello, queda él también sujeto a los estatutos.

Esta doctrina no ha resistido el análisis de la crítica moderna: a) el contrato es un instrumento destinado a reglar los derechos y obligaciones de los otorgantes; pero el estatuto es mucho más que eso: es el sustento de una nueva persona jurídica, es un acto de creación de una entidad o institución capaz por sí misma de adquirir derechos y contraer obligaciones; b) el contrato tiene una existencia inseparable de la persona que lo otorga; en cambio, el estatuto implica la creación de una entidad independiente de sus miembros y cuyos fines están más allá de los intereses puramente personales de estos; de ahí que no importa a una institución que sus miembros renuncien, fallezcan y se renueven; c) el contrato solo puede ser modificado por voluntad de los contratantes; en las asociaciones, en cambio, una modificación de los estatutos obliga incluso a los socios que no están conformes con ella; d) la intención de los contratantes es crearse una situación especial, particular; en cambio, los adherentes a una asociación aceptan someterse a una situación general, única para todos los asociados; e) finalmente, en las fundaciones, en las que el fundador es una sola persona que redacta e

impone los estatutos, será imposible hallar ni siquiera la sombra de un contrato.

Sin duda los estatutos son la expresión de un acto voluntario; pero este acto voluntario no contractual una vez aprobado por el Estado adquiere el valor de una verdadera norma jurídica, que gobierna la entidad y a la cual están sometidos sus miembros.

58. Aprobación por el Poder Ejecutivo

La importancia que los estatutos tienen como ley fundamental de las personas jurídicas hace necesario el control del Estado para verificar la legalidad de sus disposiciones. Este control es desempeñado, en primer lugar, por la Inspección General de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la cual estudia los estatutos de toda entidad que solicita el reconocimiento de su personería jurídica. Pero su actuación no se limita a un seco análisis de la legalidad de las normas estatutarias, sino que sugiere y muchas veces exige la inclusión o la exclusión de ciertas disposiciones que la experiencia ha demostrado ser convenientes o inconvenientes a la existencia de las entidades.

59. Modificación de los estatutos

Puesto que la persona jurídica es una institución con vida propia, independiente de la de sus fundadores y miembros, no puede regirse siempre por reglas inflexibles e invariables. Del mismo modo que la Constitución de un Estado puede modificarse para adaptarla a las necesidades sociales, así también las personas jurídicas pueden modificar su ley fundamental, si ello resultara necesario o conveniente para la consecución de sus fines.

Por lo general, las reglas a que debe ajustarse la modificación de los estatutos están previstas en ellos; pero si así no fuera, debe aceptarse, en el caso de que se tratare de asociaciones, que pueden modificarse por la mayoría absoluta de sus miembros reunidos en asamblea.

Sin embargo, si la modificación de los estatutos implicase un cambio de los fines de la persona jurídica, se necesita, no ya la mayoría, sino la unanimidad de los miembros, porque, como lo hace notar con razón FERRARA, un cambio de objeto en la asociación supone en verdad fundar una nueva persona jurídica, distinta de la anterior.

También los estatutos de las fundaciones son modificables, pero solo en el caso de que en ellos se hubiera previsto tal posibilidad y dispuesto el modo de hacerlo. En cambio, si nada se hubiera establecido, no es posible cambiarlo, a diferencia de lo que ocurre con las asociaciones. Esta diferencia se explica porque las asociaciones tienen órganos soberanos de gobierno, mientras que las fundaciones solo tienen órganos sirvientes de la voluntad del fundador; ni siquiera el propio fundador podría

modificarlos, puesto que una vez concedida la personería jurídica a la entidad, esta adquiere una personalidad propia y se desvincula jurídicamente de su creador, que pierde todos los derechos que no le estén específicamente reservados en los estatutos.

Esta regla tiene, sin embargo, un límite razonable. Si la modificación fuera necesaria o conveniente para hacer posible el cumplimiento del fin de la entidad, la modificación podrá llevarse a cabo con el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes del consejo de administración y de los dos tercios en los supuestos de fusión con entidades similares y disolución.

Las modificaciones de los estatutos deben ser aprobadas por el Poder Ejecutivo (art. 221 del Cód. Civ. y Com.).

§ 7.— La persona jurídica y sus miembros

60. Independencia de personería

"La persona jurídica tiene una personalidad distinta de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de las personas jurídicas, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial" (art. 143, Cód. Civ. y Com.).

Los miembros de una entidad no son sino el *substractum* humano indispensable para la existencia de la personería jurídica; pero una vez otorgada esta, adquiere una individualidad jurídica totalmente independiente de la de sus miembros. Como consecuencia de ello, existe también una entera independencia patrimonial: las obligaciones de los socios no afectan a la entidad y viceversa. Es claro que pueden ser fiadores o codeudores de la entidad; pero en tal caso sus obligaciones no nacen de su carácter de miembros, sino como terceros que han contraído esa obligación.

Bien entendido que el artículo que comentamos se refiere exclusivamente a las asociaciones propiamente dichas; en las sociedades comerciales, constituidas con fines de lucro, la situación es distinta. En estas, la participación o cuota que a cada socio le corresponde en el capital social forma parte de su patrimonio particular, aunque pierde su administración y disposición. Y frecuentemente tal es, en efecto, el principio general, que los socios no responden por las deudas de la sociedad.

§ 8.— Capacidad

61. Ámbito de capacidad de las personas jurídicas

En principio, las personas jurídicas tienen capacidad para adquirir todos los derechos de que pueden ser titulares las personas naturales. De esta

regla deben exceptuarse, naturalmente, aquellos derechos que el hombre tiene como tal, como ser de carne y hueso; así, por ejemplo, los que derivan del matrimonio o del parentesco, el derecho a la integridad física, etc.

Nos ocuparemos sucesivamente de los derechos extrapatrimoniales y de los patrimoniales, sobre todo en aquellas materias que susciten alguna dificultad.

62. Derechos extrapatrimoniales

Los autores clásicos sostenían que las personas jurídicas solo tenían capacidad en la esfera patrimonial; pero un análisis más agudo de la cuestión y la experiencia jurídica han demostrado que pueden ser titulares de numerosos derechos extrapatrimoniales.

a) Tienen derecho a la protección jurídica del Estado y, por consiguiente, a estar en juicio, sea civil o criminal. La cuestión relativa al juicio civil no ofrece mayores dificultades; pueden estar en él como actoras o demandadas. Más difícil es la relativa al juicio criminal. Ninguna duda cabe de que pueden actuar como querellantes; pero el problema es mucho más complejo respecto de si pueden ser acusadas criminalmente. Esta cuestión se vincula con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

b) Poseen los derechos llamados por MICHOUD internos de la persona jurídica, o sea los que esta tiene respecto de los asociados: el derecho disciplinario, el de aceptar o expulsar socios, el de aplicar los estatutos, etc.

c) Tienen derecho de asociarse con fines útiles: una sociedad puede ser accionista de otra, puede formar parte de una agremiación patronal, etc.

d) Tienen el derecho de enseñar.

e) Pueden crear una fundación.

f) En el campo del derecho público, cabe señalar que el Estado posee los derechos inherentes a su carácter de poder público.

63. Derechos patrimoniales

Las personas jurídicas tienen una amplia capacidad en la esfera patrimonial; no solo pueden ser titulares de derechos reales y personales, sino también de derechos intelectuales.

En materia patrimonial, la capacidad de las personas jurídicas es, por consiguiente, similar a la de las personas naturales. No obstante, cabe señalar algunas diferencias: el usufructo se extingue a los cincuenta años, las servidumbres personales si no se pactó una duración menor se acaba a los cincuenta años (art. 2182, inc. c]); y el derecho real de uso y el de

habitación solo pueden constituirse a favor de persona humana (art. 2158 apart. 2º), (arts. 2155, 2158, 2159 y 2165, Cód. Civ. y Com.).

64. El principio de la especialidad

Es menester, sin embargo, establecer una diferencia fundamental entre las personas naturales y las jurídicas en cuanto a su capacidad: mientras que las primeras tienen todos los campos de la actividad jurídica a su alcance, y pueden ser al mismo tiempo profesionales, comerciantes, filántropos, educadores, deportistas, etc., las personas jurídicas solo pueden realizar aquellos actos vinculados a los fines de su institución. Así, por ejemplo, una compañía de seguros no puede dedicarse a operaciones de importación y exportación, ni una asociación con fines educativos puede ejercer el comercio, etc. Este es el llamado principio de la especialidad.

Este principio, sin embargo, debe ser interpretado con la mayor elasticidad. Toda actividad vinculada con el objeto de la institución, todos los actos y hechos convenientes a la consecución de sus fines, deben considerarse lícitos. No es necesario, tampoco, que esos actos estén previstos en los estatutos, pues todo lo que cabe dentro de aquel concepto entra también en la esfera de la capacidad de la persona jurídica. Así, por ejemplo, una sociedad anónima puede organizar centros culturales o deportivos para su personal, servicios médicos, restaurantes, etc. Porque aunque estrictamente estas actividades no hacen en forma directa al objeto de la entidad, que es lucrativo, y aunque no estén previstas en sus estatutos, la vinculación de ellas con el objeto de la institución es evidente, ya que de esa manera se contribuye al bienestar de los empleados y obreros, que es una de las preocupaciones propias de una asociación y que le permite tener un mayor rendimiento en la producción. Del mismo modo, aunque en los estatutos de una sociedad no figurase la capacidad para adquirir bienes inmuebles, debe reconocerse su derecho a hacerlo si ello resulta conveniente o útil al objetivo de la institución.

§ 9.— Modo de actuación y responsabilidad contractual

A.— Modo de actuación

65. Teorías de la representación y del órgano

Para actuar en el comercio jurídico los entes de existencia ideal se sirven de personas humanas. Siempre son hombres quienes las dirigen, contratan a nombre de ellas, adoptan decisiones, trabajan en su beneficio, etc. ¿Qué relación existe entre unos y otros?

Sobre esta cuestión se han sostenido dos teorías distintas. La teoría de la ficción sostiene que existe una representación. En efecto, si aquellos entes son personas ficticias, creadas por el legislador, es necesario

reconocer que no teniendo vida propia, no pueden actuar por sí; son incapaces de hecho y, por lo tanto, solo pueden actuar por intermedio de los representantes legales que les da la ley. Por consiguiente, entre la persona jurídica y sus administradores habría una relación de representado a representante.

Las teorías de la realidad parten de un punto de vista opuesto. Para ellas, las personas jurídicas no son ficticias sino reales; y los administradores deben considerarse como los órganos "naturales" de ellas. Va de suyo que la palabra órgano no se emplea en un significado biológico, sino exclusivamente jurídico. Lo que se quiere significar es que no hay dualismo entre la persona jurídica y sus administradores; que ambos no están vinculados por una relación externa, como es el mandato, sino que, por el contrario, los administradores forman parte de la entidad, la integran. Entre ambos no existe un vínculo contractual (el mandato), sino una relación institucional, derivada de la constitución y de la organización de la persona jurídica. Los administradores no están fuera de la entidad, sino dentro de ella.

En el estado actual de la ciencia jurídica no es posible ya dejar de reconocer que la teoría del órgano explica más satisfactoriamente que ninguna otra las vinculaciones entre la entidad y sus administradores. Empero, en el ámbito contractual, la teoría de la representación no presenta mayores inconvenientes: sus graves defectos conceptuales se ponen de manifiesto, en cambio, con toda nitidez en materia extracontractual, en donde resulta impotente para explicar la responsabilidad civil y criminal de las personas jurídicas.

B.— Responsabilidad contractual

66. Responsabilidad

Las personas jurídicas son plenamente responsables por los daños que causen quienes las dirigen o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones mientras estos actúen dentro de los límites del mandato (art. 1763, Cód. Civ. y Com.). El instrumento originario de donde deriva toda representación de las personas jurídicas son sus estatutos. El mandato puede originarse directamente en ellos o bien indirectamente, si surge de lo dispuesto por las asambleas, directorios o representantes legales que lo hubieran otorgado, de acuerdo con poderes derivados de los estatutos.

67. Actuación de los administradores fuera de los límites del mandato. Hipótesis del enriquecimiento sin causa

Consecuencia necesaria del principio sentado en el párrafo precedente es que si los administradores o representantes actúan fuera de los límites de

su mandato, las personas jurídicas no tienen responsabilidad alguna por los actos o contratos que aquellos hubieran celebrado.

Este principio tiene, sin embargo, una importante limitación: si como consecuencia del acto celebrado por el representante sin poderes suficientes para hacerlo la persona jurídica hubiera experimentado un enriquecimiento, está obligada a responder por las consecuencias del acto, hasta el límite de aquel. No hay en ello sino una aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa.

68. Responsabilidad del representante

Cuando el representante actúa fuera de los límites del mandato, no es responsable la persona jurídica, pero sí lo es él respecto del tercero con quien contrató (art. 376, Cód. Civ. y Com.). Esta solución legal se explica por dos razones: para no dejar al tercero de buena fe desprovisto de toda defensa, y para obligar a los administradores a ser prudentes en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, esa responsabilidad cesa si el tercero tenía conocimiento de que el administrador carecía de poderes suficientes para celebrar el acto en cuestión, salvo que este se haya comprometido a obtener la ratificación de la persona jurídica y no lo logre (art. 376, Cód. Civ. y Com.).

Va de suyo que si la persona jurídica ratifica el acto celebrado por el administrador fuera de los límites de su mandato, es plenamente responsable por todas sus consecuencias.

§ 10.— Responsabilidad civil por hechos ilícitos

69. La solución del art. 43 del Código Civil

La idea de que entre la persona jurídica y sus administradores media una relación de representación conduce lógicamente a esta conclusión: solo los actos ejercidos dentro de los límites del mandato obligan a la persona jurídica; por consiguiente, como no se puede otorgar mandato legalmente válido para cometer actos o hechos ilícitos, las personas jurídicas están exentas de toda responsabilidad por los que hayan cometido sus administradores. Esta teoría, sostenida por Savigny, recibió una consagración expresa en el art. 43 del Cód. Civil, que disponía: "No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas".

Esta disposición importaba la consagración de una injusticia notoria. Si un vehículo perteneciente a una empresa de servicios públicos hiere a un transeúnte en la vía pública, ¿puede dejarse sin indemnización al que

sufrió el daño? ¿No es evidente que deba cargar con la indemnización la compañía que ha creado el riesgo y que se beneficia con la explotación?

Como la solución del art. 43 del Cód. Civil resultaba anacrónica e inadmisible, se inició en la jurisprudencia de nuestros tribunales, no obstante los términos expresos del texto legal citado, una evolución hacia el reconocimiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos. Esa evolución comenzó al amparo de una pretendida investigación de la "intención" de VÉLEZ SARSFIELD, a través de su fuente. En efecto, el art. 43 estaba transcripto del art. 300 del *Esboço*; pero las palabras "siendo que" del original, cuyo significado es "cuando", han sido traducidas o cambiadas por "aunque". La diferencia es importante, porque si se dice "cuando", se limita la irresponsabilidad de las personas jurídicas al caso de los delitos; en cambio, si se dice "aunque", la norma es comprensiva de todas las hipótesis posibles de indemnización de daños y perjuicios. Para conservar la ficción de que se interpretaba "el espíritu de la ley" o "la intención del legislador" se sostuvo: VÉLEZ tradujo mal a FREITAS; por consiguiente, debe considerarse que la ley dice "cuando" y no "aunque"; ello significa que las personas jurídicas son responsables por los cuasidelitos y solo están exentas de responsabilidad en caso de delitos.

La argumentación no es muy convincente, pues si VÉLEZ se apartó de la fuente es porque deseaba una solución distinta; lo que no puede negarse es que él entendió muy bien el significado de la norma que adoptaba. Más aún, al tratar de las sociedades estableció un principio análogo en el art. 1720. Pero como la solución resulta prácticamente intolerable, la jurisprudencia se apartó de ella fundándose en que los arts. 1113, 1124 y 1133 establecen la responsabilidad de las personas por los daños ocasionados por sus dependientes, por las cosas de que se sirven o que están bajo su cuidado, o por los animales que son de su propiedad; y no se ve por qué razón ha de recaer esta responsabilidad exclusivamente sobre las personas humanas y no sobre las jurídicas. Dándole una aplicación general a estas normas, los tribunales concluyeron por prescindir del art. 43, aun en lo que atañe a los delitos.

70. La reforma del art. 43 por la ley 17.711

Hemos dicho que no obstante los arts. 43 y 1720 los jueces habían concluido por admitir una amplia responsabilidad civil de las personas jurídicas por hechos ilícitos. La modificación del art. 43, que también la admitió, no aportó, por consiguiente, gran cosa a nuestro derecho positivo, pero eliminó la grave anomalía que resultaba de que la ley disponía una cosa y los jueces resolvían otra.

El texto reformado por la ley 17.711 dispuso: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los

daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: 'De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos'".

En otras palabras, las personas jurídicas quedaron en la misma situación que las personas naturales en lo que atañe a la responsabilidad por hechos ilícitos, responsabilidad que el art. 1113 consagró con gran amplitud.

En concordancia con la reforma del art. 43, también se modificó el art. 1720, relativo a las sociedades civiles. Dicho texto señalaba: "En el caso de los daños causados por los administradores son aplicables a las sociedades las disposiciones del título: 'De las personas jurídicas'", es decir, del art. 43. El art. 1720 omitió referirse a los daños causados por los dependientes o las cosas de la sociedad, pues bastaba con la remisión al título del Código en que se encontraba el art. 43, que a su vez remitía al título: "De las obligaciones que nacen de los hechos que no son delitos", el cual incluye el art. 1113. De esta doble remisión resulta una amplia responsabilidad de las sociedades por los daños causados por sus dependientes o por las cosas que son de su propiedad o están bajo su guarda.

71. El Código Civil y Comercial

El legislador de 2014 prefirió diseminar en distintos artículos la responsabilidad de la persona jurídica, a diferencia de la especificidad del legislador del 68, que como hemos podido observar en el punto precedente, determinó con toda claridad y en forma general la responsabilidad de las personas jurídicas y de sus administradores.

§ 11.— Responsabilidad penal

72. La cuestión doctrinaria

Uno de los grandes debates suscitados en torno de las personas jurídicas es el que se refiere a su responsabilidad penal. La polémica, que en el siglo XIX tuvo sus sostenedores más autorizados y brillantes en Savigny y Gierke, se mantiene viva en nuestros días.

Los argumentos fundamentales sostenidos para negar la responsabilidad criminal de los entes de existencia ideal son los siguientes:

a) El delito implica la idea de culpabilidad; por consiguiente los entes ideales, que carecen de voluntad humana, no pueden cometerlo.

b) Los administradores o agentes son personas individualmente diversas de la persona jurídica y ligados a ella por un mandato; de donde resulta que los delitos cometidos por aquellos no se pueden atribuir a la

entidad sin violar el principio elemental del derecho penal que exige la identidad del delincuente y del condenado.

Estos argumentos nos parecen superficiales y carentes de realismo. No es verdad que las personas jurídicas no pueden cometer delitos. Veamos algunos ejemplos. Una sociedad anónima desea obtener la concesión de un servicio público y con ese objeto decide corromper a los legisladores y funcionarios que deben otorgarla. Para hacer efectivo el cohecho se vale, naturalmente, de alguno de sus empleados; atribuir a estos la responsabilidad exclusiva del delito es pueril. El hecho es cometido en beneficio de la entidad; las instrucciones han partido de los accionistas, anónimos e indeterminables, pero que tienen el gobierno efectivo de la entidad. Si el empleado elegido para concretar la "operación" se negara, siempre se encontrará uno que lo haga. Descubierto el delito, no bastará condenar al instrumento ejecutor para que los intereses tutelados por el derecho penal se den por satisfechos; será necesario castigar al verdadero delincuente, que es la entidad, imponerle una multa, quitarle la personería, dejar sin efecto la concesión. No hemos elegido, por cierto, un ejemplo puramente teórico, sino uno que con dolorosa frecuencia se ha repetido en todos los países del mundo entero. Otro caso. Una sociedad comercial decide violar las leyes del agio. ¿La responsabilidad penal recaerá exclusivamente en el empleado que ha vendido mercadería a mayor precio que el fijado por la ley, y se permitirá que la sociedad siga gozando de sus pingües e ilegítimas ganancias?

Más aún: en la sociedad capitalista moderna, las sociedades anónimas, cuyas ventajas y virtudes hemos destacado anteriormente, se han convertido en "testaferros" ideales para muchos negocios que podrían comprometer la responsabilidad personal del que los intenta. Castigar al empleado que ha sido el instrumento del delito y que ha cumplido instrucciones es dejar intacto el problema; reprimir a los accionistas de los cuales han partido aquellas es generalmente imposible, porque siendo acciones al portador su tenedor es siempre indeterminado; no queda sino castigar la entidad y con esta solución se llega al verdadero meollo del problema.

Es necesario admitir que, en el derecho contemporáneo, el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es posible, justo y, a veces, indispensable. De esa responsabilidad solo deben quedar exentos el Estado y los órganos de la Administración Pública, puesto que es inconcebible que un órgano del Estado cometa un delito contra el mismo Estado.

Digamos, para concluir, que la discusión doctrinaria ha quedado ya superada por la legislación. Mientras que los juristas siguen disertando sobre el tema, el legislador, acuciado por las exigencias de la realidad

social, ha reconocido en todos los países, con mayor o menor extensión, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

73. Derecho positivo argentino

El principio general en nuestro derecho positivo es que las personas jurídicas carecen de responsabilidad penal.

Sin embargo, algunas leyes posteriores la han establecido para casos especiales. La ley 12.830 sobre agio, hoy derogada, autorizaba a someter a proceso y condenar a las personas jurídicas que violaran sus disposiciones. También consagran la responsabilidad penal la Ley de Ferrocarriles 2873 (arts. 91 y 92) y su decreto reglamentario (arts. 4º, 6º, 9º y 10º); las ordenanzas de Aduana (art. 1028); la ley 3708 sobre defensa agrícola, etc. Todas las cuales autorizan a imponer multas a las personas jurídicas.

§ 12.— Fin de las personas jurídicas

74. Causales de extinción

En el art. 163, el Cód. Civ. y Com. establece las causales de extinción de las personas jurídicas.

Estas normas rigen para las que necesitan autorización estatal para funcionar; las que no la necesitan se rigen por las leyes especiales, aunque este artículo es aplicable subsidiariamente si las leyes especiales no prevén el caso.

Las causales enumeradas en el artículo mencionado son las siguientes:

a) Por decisión de sus miembros, aprobada por unanimidad o por la mayoría establecida en el estatuto o disposición especial (art. 163, inc. a]). El inciso se refiere a las personas jurídicas en general. En el caso de las fundaciones, que no tienen miembros, sino simples administradores la disolución se rige por el art. 166.

b) Por el cumplimento de la condición resolutoria a la que el acto constitutivo subordinó su existencia.

c) Por haberse logrado el objeto para el cual se constituyó o ser de imposible cumplimiento (art. 163, inc. c]).

d) Por el vencimiento del plazo.

e) Por la declaración de quiebra.

f) Por la fusión o por la absorción a otra persona jurídica.

g) Por la reducción a uno de sus miembros si la ley exige pluralidad de ellos.

h) Por la denegación o revocación de la autorización para funcionar.

i) Por el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla, lo que es totalmente razonable puesto que uno de los requisitos de la personería jurídica es la existencia de un patrimonio (art. 154, Cód. Civ. y Com.), la conclusión de los bienes debe tener como consecuencia necesaria el retiro de la personería. No es menester que se hayan concluido absolutamente todos los bienes; basta con que no sean suficientes para mantenerla. Por ello, se ha resuelto, con razón, que corresponde el retiro de la personería jurídica si se ha dictado la apertura del concurso civil.

j) Por cualquier causa prevista en el estatuto o en otras disposiciones legales.

75. Recurso ante el Poder Judicial de la decisión administrativa

El Cód. Civil no había previsto recurso alguno contra la decisión administrativa, y la Corte Suprema de Justicia resolvió, con todo acierto, que cuando el Ejecutivo obra en uso de sus facultades, que son discrecionales y que la ley ha dejado libradas a su prudente arbitrio, sus decisiones no son revisables judicialmente. Tal ocurriría si el Poder Ejecutivo considera que la disolución de la entidad es "necesaria o conveniente a los intereses públicos". En tales casos, dijo el alto tribunal, el juicio del Ejecutivo es de prudencia política y administrativa, eminentemente circunstancial y no podría sustituirse la discrecionalidad del Poder Ejecutivo por la de los jueces, desnaturalizando la función de estos. Solo debe exceptuarse el caso de manifiesta arbitrariedad, pues de lo contrario el Poder Ejecutivo podría invocar los intereses públicos cuando fuera evidente que ellos no están en juego.

En cambio, es necesario admitir una solución distinta si se tratara de una causal de disolución respecto de la cual no cabe una apreciación discrecional, sino que basta el análisis de la prueba para determinar si se ha producido o no el supuesto legal. Así, por ejemplo, si el Poder Ejecutivo retira la personería jurídica de una asociación fundándose en que se han concluido los bienes destinados a sostenerla. En ese caso la entidad tiene derecho a demostrar que no es así. La procedencia de un recurso ante el Poder Judicial, en tales casos, surge del mismo fallo ya citado de la Corte Suprema, en que dijo que las facultades del Ejecutivo no son arbitrarias y que cuando producen "una lesión a derechos individuales o atentan contra las garantías acordadas por la Constitución y las leyes a las personas o entidades jurídicas, el caso cae bajo la jurisdicción de los jueces, para restablecer el orden legal y reparar el derecho lesionado".

Hay que agregar que el juez ante el cual se plantea la cuestión tiene la facultad de disponer la suspensión provisoria de la medida recurrida. El juez hará uso de esa facultad cuando la ilegitimidad o la arbitrariedad aparezca *prima facie* como notoria o cuando el retiro de la personería jurídica pueda producir daños irreparables (art. 224).

76. Disolución de la entidad

El retiro de la personería jurídica produce la disolución de la entidad.

77. Destino de los bienes

Extinguida una persona jurídica, se presenta el problema del destino de los bienes que constituían su patrimonio. En el caso de las fundaciones el remanente de los bienes debe destinarse a una entidad de carácter público o a una persona de carácter privado cuyo objeto sea de utilidad pública o de bien común que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en el país.

Si las asociaciones no persiguieran fines lucrativos, sus bienes deben considerarse vacantes; si, por el contrario, tuvieran fines de lucro, deben distribuirse entre los socios, en proporción a sus respectivas participaciones.

Es obvio que antes de distribuir los bienes entre los socios o darles el destino que corresponde a los bienes vacantes es preciso pagar las deudas que la entidad tuviera con terceros.

§ 13.— Simples asociaciones

78. El problema en el Código Civil antes de la reforma

El concepto de asociación es independiente de la personería jurídica. Esta le sirve, es verdad, para llenar con más eficacia sus fines; pero muchas veces le será innecesaria. De ahí que la asociación pueda existir sin personería jurídica. Y las hay en cantidades muy numerosas: clubes sociales o deportivos, peñas literarias o musicales, círculos, ateneos, cooperadoras, etc. Solo cuando la entidad adquiere importancia, cuando el patrimonio común es valioso, surge la necesidad de procurarse la personería.

Entre tanto es preciso establecer con claridad cuál es el *status* jurídico de las asociaciones que no han obtenido la personería. El originario art. 46 contenía una vaga referencia al problema, al decir que las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales o religiosas, según sea el fin de su instituto.

¿Podrían estas entidades considerarse como sujetos de derecho? Ninguna disposición permitía afirmarlo; por el contrario, al hablarse de asociaciones que no tienen existencia como persona jurídica, parecía claramente implícito que no se les reconocía el carácter de sujeto de derecho; porque persona jurídica y sujeto de derecho son conceptos que se confunden. Por lo tanto, al decir la ley que no tenían personería jurídica —y decirlo sin ninguna salvedad— se estaba afirmando que no eran sujetos de derecho.

Esta lógica no ofrecía resquicios; pero muchas veces la más estricta lógica no se compagina con las exigencias de la vida jurídica. Ocurría a veces que un empleado u obrero de estas entidades era despedido: ¿debía dividir su acción entre los cientos o miles de asociados y seguir un pleito contra cada uno de ellos? ¿Los terceros de buena fe que han contratado con la asociación, también debían hacer lo mismo?

Los tribunales se encontraron así ante situaciones que estaban pidiendo a voces una solución que permitiera resolver el problema sobre una base de justicia. Así fue como algunos fallos, cada vez más frecuentes, les reconocieron a estas entidades capacidad para contratar y para estar en juicio como actor o demandado; vale decir, se les reconocía aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones (lo que lleva implícito el reconocimiento de un patrimonio propio) y para defenderse judicialmente. En otras palabras, se admitió que eran sujetos de derecho, personas jurídicas.

79. La reforma del art. 46

Como hemos visto en el párrafo anterior, este era otro caso en el que la ley marchaba en una dirección y la jurisprudencia en otra. Era necesaria la reforma del art. 46 no solo para consagrar la jurisprudencia en cuanto ella respondía a una verdadera necesidad social, sino también para fijar con claridad qué tipo de sujeto de derecho es este y cómo se distingue de las asociaciones con personería jurídica otorgada por el Estado.

Respondiendo a esta necesidad, la ley 17.711 agregó al art. 46 nuevas disposiciones que definieron y clarificaron aquellos problemas.

El texto legal distinguía dos situaciones diferentes:

a) Asociaciones sin personería otorgada por autoridad competente cuya constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. Estas asociaciones eran sujetos de derecho y se les aplicaba las normas de la sociedad civil.

Había pues una diferencia muy importante entre estas entidades y las asociaciones con personería jurídica otorgada por el Estado. En el primer caso, los socios respondían mancomunadamente por las deudas societarias (arts. 1713 y 1747, aplicables al caso conforme a la remisión del art. 46, *in fine* Cód. Civil), en tanto que en el segundo no son responsables. Como puede apreciarse, la separación entre la entidad y los asociados es completa y tajante cuando el Estado otorga la personería, lo que no ocurre en el supuesto contrario.

b) Asociaciones sin personería, que no han cumplido con el requisito de constituir la entidad y asentar el acta de designación de autoridad en escritura pública o en instrumento privado de autenticidad certificada por

escribano. En este caso no hay sujeto de derecho. Y la responsabilidad por los actos hechos en nombre de la asociación recae solidariamente sobre todos sus fundadores y administradores (art. 46, Cód. Civil).

Aquí ya no hay, como en el caso anterior, una responsabilidad meramente mancomunada, sino que tiene carácter solidario. Ella pesa sobre los miembros fundadores y sobre los administradores, pero no sobre los asociados que no revisten ninguno de esos caracteres. Se explica que así sea porque la ley quiso que esa responsabilidad pese sobre quienes debían cumplir con el recaudo de la escrituración o certificación notarial del acto de constitución de la entidad y designación de autoridades.

La responsabilidad a que aludía la ley no solo se refiere a los contratos celebrados con terceros, sino también a las consecuencias de los hechos ilícitos de sus administradores y a los daños ocasionados por sus dependientes o las cosas de su propiedad o que estaban bajo su guardia. En efecto, el art. 1720 del Cód. Civil, relativo a las sociedades y aplicable por tanto a estas entidades (art. 46, *in fine*), remitía a las reglas generales de los arts. 43 y 1113 del Cód. Civil hoy derogado.

80. Las asociaciones en el Código Civil y Comercial

Las simples asociaciones que son reconocidas como tales cuando se constituyen por instrumento público o por instrumento privado, pero con firma certificada por escribano público, se rigen por las mismas disposiciones que regulan las asociaciones civiles, esto es, en cuanto al acto de conformación, su forma de gobierno, como deben ser administradas, cual es el órgano de fiscalización, como así también su funcionamiento. Al nombre que lleve la simple asociación deberá agregársele el aditamento "simple asociación" o "asociación simple".

En cuanto al comienzo de su existencia, las simples asociaciones lo hacen desde el momento mismo de su constitución tal como lo dice expresamente el art. 189 del Cód. Civ. y Com.; aunque debe señalarse que es una redundancia tal aseveración, puesto que las simples asociaciones son personas jurídicas y estas como tales comienzan desde el momento mismo de su constitución (art. 142), por lo que no tiene sentido la reiteración que se hace en el art. 189.

Cuando la asociación no cuente con veinte miembros como mínimo puede prescindirse del órgano de fiscalización, ahora bien si ello ocurre, todo miembro tiene derecho a informarse del estado de los asuntos y de consultar y compulsar los registros de la asociación.

81. Responsabilidad de los miembros de la asociación e insolvencia de esta

Tanto el fundador como los miembros de la asociación no responden por las deudas de esta sino hasta la suma de dinero que habían comprometido o hasta el pago de las cuotas impagas. Ahora bien, si la asociación ha caído en estado de insolvencia el administrador y todo miembro que la administra es solidariamente responsable de las obligaciones que ha suscripto la asociación cuando resultan de decisiones que han sido de él y durante su administración.

CAPÍTULO X - EL PATRIMONIO

§ 1.— NOCIONES Y CARACTERES

1. Definición

Dentro del conjunto vasto y heterogéneo de derechos de que las personas son titulares (derechos personalísimos, políticos, de familia, propiedad, hipoteca, prenda, creditorios, intelectuales, etc.), hay algunos que sirven para la satisfacción de sus necesidades económicas y que, por ello, pueden apreciarse en dinero; el conjunto de estos derechos constituye su patrimonio.

Quedan, por consiguiente, fuera de él los inherentes a la personalidad (tales como el derecho al honor, a la vida, a la libertad) y los de familia (como los que nacen entre cónyuges, la responsabilidad parental, la tutela, la curatela, etc.), aunque a veces tienen repercusión económica. Así, por ejemplo, una lesión corporal producida por un hecho ilícito hace nacer el derecho a la indemnización de los daños; la responsabilidad parental lleva implícito el usufructo de los bienes de los hijos. Pero ni el derecho a la integridad física, afectado en el primer caso, ni la responsabilidad parental, implicada en el segundo, tienen por objeto satisfacer necesidades de carácter económico, ni son valorables en dinero. Es verdad que, en caso de una lesión a la vida, a la libertad, al honor, el daño causado se repara con el pago de una suma de dinero; pero ello no significa que aquellos derechos sean apreciables en dinero, sino que el hombre, en la insuficiencia de sus posibilidades, no posee otra forma de compensar el daño sufrido; pero el dinero será siempre un medio grosero e imperfecto de reparación. Si, en cambio, se tratara de una lesión a un derecho patrimonial, la reparación será plena y perfecta.

Tampoco forman parte del patrimonio algunos hechos económicamente valiosos, como son la fuerza o capacidad de trabajo de una persona, la clientela, etc.

Según una opinión muy divulgada, y que puede considerarse prevaleciente entre numerosos autores (SALVAT, LAFAILLE, SPOTA, BUSSO), el patrimonio no solo estaría formado por derechos, sino también por las deudas. Por nuestra parte, consideramos inadmisible este punto de vista. El patrimonio concebido como un conjunto de derechos y deudas es una noción oscura, falsa y, desde luego, inútil. Supone contrariar el sentido idiomático y vulgar de aquella palabra que significa, según el diccionario de la Real Academia, el conjunto de bienes y derechos propios adquiridos por cualquier título, que componen la hacienda de una persona. Es verdad que el significado gramatical de una palabra puede diferir del jurídico; pero ello es una contingencia indeseable, que conviene evitar para impedir equívocos y en la cual no debe caerse si, como en nuestro caso, no hay razón alguna que lo justifique. Lo claro, lo que todo el mundo entiende, es lo siguiente: el patrimonio es el conjunto de bienes de una persona; las deudas no forman parte de él: simplemente lo gravan. Este es el concepto corriente en la doctrina alemana.

2. La concepción clásica

Según la doctrina clásica, el patrimonio es una universalidad de derecho y se concibe como un atributo de la personalidad, como una emanación de ella. De esta idea se desprenden las siguientes consecuencias:

a) Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aunque no posea actualmente ningún bien.

b) Nadie puede tener más que un solo patrimonio; este es, por lo tanto, único e indivisible.

c) El patrimonio es siempre idéntico a sí mismo: es una unidad distinta y separada de cada uno de los elementos que lo componen. No importa que salgan algunos bienes e ingresen otros; inclusive, es indiferente que haya o no bienes o que las deudas superen al activo: el patrimonio es siempre el mismo, tal como ocurriría con una bolsa que puede estar llena o vacía, pero siempre es la misma bolsa.

d) El patrimonio es inalienable; podrán enajenarse los bienes que lo integran, pero nunca la totalidad del patrimonio, ni siquiera una parte alícuota de él.

3. Crítica. Las doctrinas modernas

La concepción clásica, inspirada en ZACHARIAE y desarrollada por AUBRY y RAU, no ha podido resistir los embates de la crítica moderna.

Es falso concebir el patrimonio como un atributo de la personalidad y sostener que toda persona debe necesariamente poseer uno; esta afirmación, dice COVIELLO, es ridícula, pues la vida demuestra que existen numerosísimas personas que carecen de todo patrimonio. Algunos ni siquiera son propietarios de la ropa que llevan puesta, como ocurre con

ciertos menores, sacerdotes regulares, reclusos, etc., que tienen la que sus padres o la congregación o el Estado les facilitan. No se puede negar, sin embargo, que la relación entre persona y patrimonio es a veces muy estrecha, como ocurre si los bienes están al servicio de los fines personales y propios del dueño, que es el caso normal del patrimonio general; otras veces, en cambio, los bienes tendrán un destino especializado, no siempre coincidente con el del titular. De ahí que la noción del destino o fin al cual están afectados cobre una importancia capital.

Es asimismo falso e inútil concebir al patrimonio como una universalidad de derecho, es decir, como una unidad abstracta con existencia propia e independiente de cada uno de los objetos que lo componen. Un patrimonio sin contenido, concebido a través de la unidad del sujeto, es una idea sin sentido ni realidad. Si no hay activo, si no hay derechos, no hay patrimonio. Este debe concebirse, pues, como un complejo concreto de derechos; tanto es así, que no podrá citarse un solo caso en que el patrimonio considerado como individualidad distinta de sus elementos sea motivo de alguna relación jurídica; es, por tanto, nulo el interés de aquella concepción abstracta.

Tampoco es exacto que el patrimonio sea inalienable, puesto que la enajenación de bienes supone la de una parte de aquel. Inclusive es posible la alienación total, como ocurre, por vía de ejemplo, en el caso de una persona que profesa y hace donación de todos sus bienes a la orden religiosa en la cual ingresa.

Ni siquiera es totalmente verdadero que el patrimonio sea único e indivisible, pues hay casos en que una persona es titular de más de un patrimonio. Pero este principio es, en general, aceptable, según hemos de ver en el número siguiente.

En definitiva, la noción subjetiva del patrimonio ha sido reemplazada por otra de sentido objetivo y realista.

4. El problema en nuestro derecho

En nuestro derecho, la primera regulación la encontramos en el art. 2312 del Código velezano donde se da un sólido apoyo a quienes sostienen que el patrimonio es un conjunto concreto de bienes (no una universalidad sin contenido) y que las deudas no forman parte de él; lo define simple y acertadamente como el conjunto de bienes de una persona. Pero más adelante, al tratar de las sucesiones, VÉLEZ se enroló en la teoría de AUBRY y RAU. El art. 3281 del Código derogado reguló que la sucesión tiene por objeto un todo ideal, sin consideración de su contenido especial. Esta contradicción ha dado lugar a discusiones doctrinarias en nuestro derecho. Lo cierto es que la contradicción de los textos permite al intérprete apartarse de las consecuencias rigurosas que

pueden surgir de tal o cual sistema y dar a cada caso particular la solución mejor y que resuelva con mayor justicia los intereses en juego. De cualquier modo, es indudable el desprestigio, cada vez más acentuado, de la teoría de AUBRY y RAU.

El Cód. Civ. y Com. ha modificado su regulación y ha decidido incorporarla al título preliminar y a una parte general de la materia en el nuevo plexo normativo del derecho privado.

El art. 15 afirma que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código. Pero posteriormente también ha regulado sus características respecto a las sucesiones en el art. 400 cuando afirma que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro; sucesor singular el que recibe un derecho en particular.

5. Unidad del patrimonio y patrimonios separados

Aun hoy puede afirmarse que el patrimonio es, en principio, único e indivisible. Pero la unidad no surge ya del hecho de ser una *universitas iuris*, idea falsa, sino de esta circunstancia que da cohesión al complejo de bienes: que el titular de todos los bienes es una sola persona. Esta circunstancia de pertenecer todos los bienes a una sola persona los agrupa y separa jurídicamente de los pertenecientes a otras personas.

Pero hay casos en que la misma persona posee dos o más patrimonios independientes entre sí. Los más importantes son los siguientes: 1º) cuando se acepta una herencia; el heredero es titular a la vez de su propio patrimonio y del que recibe en herencia; 2º) cuando los acreedores del causante solicitan la separación de patrimonios. El Cód. Civil establecía que las herencias se aceptaban con beneficio de inventario, salvo que el heredero expresamente renunciare a ese derecho. El beneficio de inventario significaba que el heredero respondía por las deudas del causante, pero solo hasta el límite de los bienes que de él recibía. La separación de patrimonios, en cambio, es pedida por los acreedores del causante, quienes en previsión de la posible insolvencia del heredero, reclaman esa medida para cobrarse sus créditos antes de que se opere la confusión de patrimonios; en estos dos supuestos, el heredero es titular, a la vez, de su propio patrimonio y del que recibe en herencia. El Cód. Civ. y Com. eliminó el beneficio de inventario pero en su art. 2317 estableció que los herederos quedan obligados por las deudas de la sucesión solo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos, es decir, que es una forma de lo que se dio en llamar beneficio de inventario en el Código de VÉLEZ SARSFIELD; 3º) cuando se ha recibido la posesión definitiva de los bienes de un ausente con presunción de fallecimiento; 4º) cuando el deudor ha sido desapoderado de sus bienes por efecto de concurso o quiebra; 5º) cuando se forma una sociedad unipersonal; 6º)

los bienes propios y gananciales de los cónyuges constituyen masas patrimoniales separadas cuando se decida adoptar el sistema de separación de patrimonios en la regulación del Cód. Civ. y Com.

En el derecho moderno aparece en vías de imponerse la llamada empresa individual de responsabilidad limitada que en nuestro derecho se dio en llamar: Sociedad Unipersonal, y que ha sido reconocida en el art. 1º de la ley 19.950, conforme la ley 26.994. Esta norma permite a la persona afectar parte de su patrimonio a una industria o comercio, separándolo de sus demás bienes.

La idea que tuvo la Comisión reformadora, conforme lo expresa en su exposición de motivos, no fue la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios como empresa —objeto—, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple. Los anteriores proyectos de unificación civil y comercial, como así también gran parte de la doctrina, propiciaban este tipo societario. Se omitió, eso sí, una regulación detallada de la forma en que debía organizarse, para no obstaculizar la utilización de este tipo societario.

El art. 1º, en su segundo apartado, estableció que la sociedad unipersonal solo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

6. El patrimonio como garantía de los acreedores

El patrimonio es la garantía del pago de las deudas, puesto que los acreedores tienen derecho a ejecutar los bienes del deudor y a cobrarse de ellos. Se dice comúnmente que es la prenda común de los acreedores. La palabra prenda no está tomada, desde luego, en el sentido de derecho real, que exige una cosa concreta sobre la cual recaer, mientras que el patrimonio es cambiante. Lo que ocurre es que los bienes del deudor, cualquiera que sea la fecha de su adquisición, responden por todas las deudas; pero el deudor mantiene la plena libertad para disponer de ellos, en tanto no se inicie el proceso de ejecución y se trabe embargo.

Es necesario, empero, hacer dos salvedades: en primer lugar, no todos los acreedores están en pie de igualdad para el cobro de sus créditos; en segundo término, no todos los bienes son ejecutables. Nos ocuparemos de estos temas en los párrafos siguientes.

7. Distintas clases de acreedores

Puede ocurrir que los bienes del deudor no alcancen a cubrir sus obligaciones. En tal caso, no sería justo que todos los acreedores, cualquiera que sea el origen o naturaleza del crédito y las necesidades que está destinado a llenar, se satisfagan en un pie de igualdad. Ha sido preciso establecer un orden de preferencia, que contemple aquel

problema. De ahí que existan distintas clases de acreedores privilegiados: con derecho real de garantía y comunes o quirografarios.

a) Llámanse privilegiados los acreedores que tienen un derecho dado por la ley para ser pagados con preferencia a otros (art. 2573, Cód. Civ. y Com.). El privilegio nace siempre de la ley; la voluntad de las partes es impotente para crearlo (art. 2574, Cód. Civ. y Com.). Salvo lo que se dirá más adelante sobre los derechos reales de garantía.

Los privilegios pueden ser generales y especiales. Los primeros recaen sobre la generalidad de los bienes muebles e inmuebles del deudor (art. 2573, Cód. Civ. y Com. Ej. Gastos de justicia, impuestos) o bien solamente sobre todos los muebles (ej. Gastos funerarios, de última enfermedad, salarios de la gente de servicio, etc.).

El Cód. Civ. y Com. incorpora dos normas, al respecto: 1) el art. 2579, que sostiene que, en los procesos universales, los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos; 2) el art. 2580 que establece que los privilegios generales solo pueden ser invocados en los procesos universales.

Los privilegios especiales inciden sobre las cosas determinadas, sean muebles o inmuebles (v. arts. 2582 y ss., Cód. Civ. y Com.).

b) Los acreedores que tienen a su favor un derecho real de garantía, gozan también de una preferencia en el pago de sus créditos, nacida en este caso de la voluntad de las partes, apoyada en la ley. Tal ocurre con los acreedores hipotecarios, prendarios y anticresistas. En el derecho comercial está la prenda con registro, el *warrant* y los *debentures*. Se discute si estas preferencias deben o no ser calificadas como privilegio. Algunos autores sostienen la negativa, fundados en que privilegio es aquel que surge exclusivamente de la ley; pero ha terminado por prevalecer en la ley, la doctrina y la jurisprudencia, la tesis de que toda preferencia es genéricamente un privilegio.

c) Finalmente, los acreedores comunes o quirografarios son los que carecen de toda preferencia; deben cobrar después de los privilegiados y de los que tienen a su favor un derecho real de garantía y lo hacen a prorrata de sus respectivos créditos, si los bienes del deudor no alcanzan a satisfacerlos en su totalidad.

8. Acciones de los acreedores dirigidas a la ejecución de sus bienes. Medidas previas: embargo e inhibición

Los acreedores a quienes su crédito les ha sido reconocido por sentencia judicial o que tienen un título con fuerza ejecutiva (se llama así al que permite al acreedor iniciar directamente la vía ejecutiva sin tener que instaurar acción ordinaria) tienen derecho a ejecutar los bienes de su deudor para cobrar su crédito del producido de la venta. Como medida

previa a la venta en pública subasta y aun a la iniciación de la ejecución, los acreedores suelen embargar los bienes de sus deudores, para impedir que estos dispongan de ellos, antes de la venta judicial. Tratándose de bienes inmuebles, el embargo se lleva a cabo anotándolo en el Registro de la Propiedad; desde ese momento, el dueño no puede ya transferir la propiedad. Con respecto a los muebles, el embargo se lleva a cabo generalmente mediante su secuestro y entrega a un depositario, que puede ser incluso el propio deudor. En este último caso, el deudor no puede ya disponer de ellos sin incurrir en la responsabilidad penal de la que se hace pasible el depositario infiel.

El acreedor puede también pedir la inhibición de su deudor. Mientras que el embargo se refiere siempre a bienes determinados, la inhibición tiene un alcance indeterminado. Consiste en una anotación que se hace en el Registro de la Propiedad que priva al deudor de enajenar cualquier bien que estuviera allí inscrito a su nombre.

9. Ejecución individual y colectiva

La ejecución del deudor puede ser individual o colectiva. En el primer caso, cada acreedor demanda a su deudor y ejecuta sus bienes hasta cobrarse su crédito. En el segundo, todos los acreedores proceden conjuntamente y se distribuyen el patrimonio del deudor de la siguiente manera: primero se paga a los acreedores privilegiados, de acuerdo con su rango; el saldo se distribuye entre los quirografarios a prorrata del monto de sus respectivos créditos. En el orden civil, este procedimiento se llama concurso; en el orden comercial, se denomina quiebra. El concurso puede ser pedido por el propio deudor, o bien por cualquiera de los acreedores, siempre que su crédito fuera quirografario y que todos o la mayor parte de los bienes del deudor se hallen embargados como consecuencia de otras ejecuciones. La quiebra puede ser pedida cuando el comerciante ha incurrido en cesación de pagos.

10. Bienes no ejecutables

No todos los bienes están sujetos a la ejecución por los acreedores. Es importante destacar la evolución experimentada por el derecho en este punto, evolución inspirada en un sentimiento de caridad cristiana. De la prisión por deudas se ha pasado al reconocimiento de que algunos bienes son inembargables, siendo visible la tendencia de los últimos años a aumentarlos en número y proporción. El motivo que inspiran estas excepciones es siempre el mismo: que no debe privarse a los hombres de lo que es indispensable para cubrir sus necesidades más imprescindibles. Pero lo que se ha modificado últimamente es el concepto de cuáles son esas necesidades más imperiosas, que hoy se juzgan con espíritu amplio y generoso, incluyendo lo que es menester para una vida decorosa y para poder trabajar.

Es necesario cuidar, sin embargo, que en este camino no se avance más allá de los justos límites, porque ello sería favorecer la mala fe, el incumplimiento de la palabra empeñada y burlar las legítimas esperanzas de los acreedores.

En nuestra legislación es inembargable la obligación de alimentos (arts. 550 y 658, Cód. Civ. y Com.), el lecho cotidiano del deudor y su familia, las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge y de sus hijos; por aplicación de esta disposición se ha declarado inembargable: el juego de comedor, la radio, la máquina de coser, el televisor, la heladera, etc.; también son inembargables los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio o industria del deudor; igualmente son inembargables las indemnizaciones que le corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica, (art. 744 del Cód. Civ. y Com.), asimismo son inembargables las prestaciones de carácter asistencial, los sueldos y salarios dentro de una escala del monto de un salario mínimo, vital y móvil. La ley 25.963 estableció que las sumas que excedan del salario mínimo y móvil serán embargables en la siguiente proporción:

a) Sumas no superiores al doble del salario mínimo, vital y móvil mensual: hasta el 10% que exceda de este último;

b) Sumas superiores al doble del salario mínimo, vital y móvil mensual: hasta el 20% del importe que exceda de este último (ley 25.963).

11. Acciones patrimoniales

Puesto que el patrimonio del deudor es la garantía del pago de las deudas, es lógico reconocer a los acreedores el derecho a defenderlo. Mientras aquel administra normalmente su patrimonio, los acreedores nada pueden hacer; ellos han confiado en él y por tanto deben sufrir las consecuencias de sus desaciertos o de su mala fortuna. Pero eso no significa proteger su mala fe o su deliberada negligencia. De ahí que se reconozca a los acreedores el derecho a ejercer las siguientes acciones:

a) Acción de simulación: a veces los deudores simulan un acto (generalmente la venta de un bien) para no pagar a sus acreedores. Estos pueden demostrar la simulación, volver las cosas a su estado real y cobrarse sus créditos de ese bien. Tratamos de esta acción más adelante (nro. 769).

b) Acción pauliana o revocatoria: el deudor no simula desprenderse de un derecho, sino que lo enajena realmente. Por ejemplo, vende un campo y oculta el dinero, que escapa así a la acción de los acreedores. Estos pueden, reunidas ciertas condiciones legales, tener por no ocurrido el acto, que les es inoponible, y hacer ejecución del bien para cobrarse sus créditos. Estudiaremos esta acción en el nro. 784.

c) Acción subrogatoria u oblicua: en este caso no se trata de una conducta dolosa y fraudulenta del deudor, sino de una inacción. Ocurre a veces que una persona cargada de deudas tiene también algunos créditos contra otras personas. Podría cobrarlos, pero no lo hace simplemente porque ese dinero no lo beneficiaría a él sino a sus acreedores, que serán en definitiva quienes lo van a percibir. Ejemplo: Pedro debe $ 10.000 y es acreedor de $ 1.000; si cobra esta suma, sus acreedores caerán sobre ella, de tal modo que Pedro no será otra cosa que un puente para que el dinero pase de sus deudores a sus acreedores. En otras palabras, él no tiene interés en ejercer esas acciones. En esta hipótesis, la ley concede a sus acreedores el derecho a subrogarse en las acciones de su deudor, vale decir, a ejercer las acciones que este ha abandonado, lo que se llama acción oblicua. De esta manera, los acreedores hacen ingresar bienes al patrimonio de su deudor y luego pueden hacer ejecución de ellos.

d) Acción directa: mediante esta acción que ha sido incorporada al nuevo Código, el acreedor puede hacerlo directamente siempre y cuando se den los casos que han sido expresamente admitidos, esto es, que a diferencia de los casos anteriores en que el acreedor acciona sustituyendo a su deudor para percibir su crédito, en la acción directa el acreedor lo hace en su propio beneficio y por derecho propio y procede solo en los casos previstos por el Código, esto es, en los casos de subcontrato, conforme el art. 1071, inc. b), en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de este respecto del subcontratante; o bien en el caso sustitución, establecido en el art. 1327, según el cual el mandante tiene la acción directa contra el sustituto prevista en los arts. 736 y concs., pero no está obligado a pagarle retribución si la sustitución no era necesaria.

Los requisitos exigidos para promover esta acción son los establecidos en el art. 737, esto es: a) un crédito exigible del acreedor contra su propio deudor; b) una deuda correlativa exigible del tercero demandado a favor del deudor; c) homogeneidad de ambos créditos entre sí; d) ninguno de los dos créditos debe haber sido objeto de embargo anterior a la promoción de la acción directa; y e) citación del deudor a juicio. No puede accionar directamente contra el deudor.

§ 2.— Derechos patrimoniales

12. Clasificación

Hemos dicho ya que derechos patrimoniales son aquellos que sirven para la satisfacción de las necesidades económicas del titular y que son apreciables en dinero. Tradicionalmente se dividen en dos grandes categorías: reales y personales; en el derecho moderno se hace necesario admitir una tercera categoría, distinta de las anteriores, la de

los derechos intelectuales. El estudio prolijo de todos ellos corresponde a los cursos de obligaciones y derechos reales; aquí nos limitaremos a dar una noción general que permita conocer la materia de que está compuesto el patrimonio.

13. Derechos reales y personales

Para precisar estos conceptos resulta útil trazar un paralelo que ponga de relieve los puntos de contactos y las diferencias existentes entre las dos grandes categorías de derechos patrimoniales. Al hacerlo, nos ceñimos a la concepción clásica de los derechos reales, a nuestro juicio la más clara y acertada, sin perjuicio de exponer enseguida otras teorías modernas.

Derecho real es un poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa; el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío, de goce y de disposición de la cosa; los restantes derechos reales no son, en el fondo, sino desmembramientos de ella.

Derecho personal, en cambio, es la facultad que se tiene de exigir de otra persona el cumplimiento de una obligación; en otras palabras, es una vinculación jurídica, que une a dos personas (o grupos de personas) en virtud de la cual el deudor debe satisfacer al acreedor la prestación debida.

Tal es el caso de la obligación de pagar una suma de dinero, de hacer una obra, de prestar un servicio.

De esta diferencia conceptual se siguen las siguientes:

a) En los derechos reales no hay sino dos elementos: el titular y la cosa sobre la cual se ejerce el derecho; en los personales, en cambio, hay tres: el sujeto activo o acreedor, el sujeto pasivo o deudor y lo debido o prestación, que puede consistir en una obligación de dar (si, por ejemplo, se debe una suma de dinero), de hacer (v.gr., el contrato de trabajo) o de no hacer (como es la obligación del locador de abstenerse de todo acto que importe perturbar al inquilino en el goce de la cosa locada).

b) Los derechos reales se llaman absolutos en el sentido de que se tienen *erga omnes*, contra cualquiera que pretenda perturbar al titular en el goce de la cosa; dan origen a acciones reales, cuyo objeto es mantener el derecho y que se ejercen tantas veces como sea necesario para defenderlo. Por ejemplo, las acciones posesorias se dan contra quien perturbe la posesión y pueden ejercerse cada vez que haya una nueva perturbación. Los personales son relativos, pues se tienen contra personas determinadas, que son el o los deudores; por eso, las acciones personales solo pueden dirigirse contra ellos y tienden a la extinción del derecho, pues una vez cobrado el crédito, cesa la obligación. Si Pedro debe a Diego $ 10.000 y este lo demanda para obtener el pago, logrado que sea el objeto de la acción, queda extinguido el derecho creditorio. Por

excepción, las acciones derivadas de los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda, etc.) tienden, no al mantenimiento, sino a la extinción del derecho, puesto que son accesorios de una obligación de carácter personal.

c) El titular de un derecho real goza del *jus persequendi*, o sea la facultad de hacerlo valer contra cualquiera que se halle en posesión de la cosa; aunque el principio no es absoluto y sufre excepciones: una de ellas sería el caso del poseedor de buena fe de cosas muebles, contra quien no puede ejercerse reivindicación (art. 1886, Cód. Civ. y Com.). Los derechos personales, en cambio, no gozan de este privilegio.

d) También es inherente al derecho real el *jus preferendi*, en virtud del cual descarta a todos los derechos creditorios y, además, determina su rango según su antigüedad (como en la hipoteca) o excluye cualquier otro (como el dominio). El derecho personal, al menos en principio, supone una completa igualdad para sus diversos titulares, salvo el caso de privilegios.

e) Los derechos reales solo pueden ser creados por la ley y, por ello, su número es limitado. El Cód. Civ. y Com. (art. 1887) enumera como tales al dominio, condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, los cementerios privados, la superficie, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la hipoteca, la anticresis y la prenda.

Cabría agregar, todavía, los derechos reales que pueden ser creados por leyes extracódigo y algunos autores (JUAN LEZCANO Y JORGE ALTERINI) han sostenido también que el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena en la CN y las leyes concordantes constituye también un derecho real (originariamente estaba regulado como un derecho real autónomo en el anteproyecto de Cód. Civ. y Com.).

La prohibición de que las partes interesadas puedan crear otros derechos reales que aquellos establecidos en la ley (art. 1882, Cód. Civ. y Com.) obedece a la preocupación del poder público por todo lo atinente al régimen de la propiedad, a la cual se vinculan estrechamente ellos, y que podría quedar alterada en sus mismos fundamentos si se admitiese la libertad de convenciones; es este un problema de capital importancia para el orden económico social. En cambio, los derechos personales son ilimitados en su género; las partes pueden crear tantos como convenga a sus intereses, formando el contrato una regla a la cual deben someterse como a la ley misma y con su efecto vinculante (art. 959, Cód. Civ. y Com.).

f) Por razones análogas a las explicadas en el apartado anterior, la ley reglamenta, por lo general, las formalidades requeridas para la transmisión de los derechos reales, que son más rigurosas para el caso

de que se trate de bienes inmuebles (escritura pública, inscripción en el registro, tradición); en cambio, los derechos personales nacen o se transmiten sin ningún requisito formal.

g) Los derechos reales son susceptibles de adquirirse por usucapión; no así los personales, respecto de los cuales no es concebible la posesión, la cual, unida al transcurso del tiempo, constituye el fundamento de aquella.

h) Los derechos reales tienen, en principio, una duración ilimitada, y no se extinguen por el no uso: la prescripción liberatoria no rige respecto de ellos. El derecho de propiedad no se pierde por más que el titular deje de ejercerlo por un número indefinido de años, a menos que otra persona adquiera el dominio por prescripción adquisitiva. Pero esta regla no es absoluta: los derechos reales de garantía se extinguen cuando prescribe la obligación personal de que son accesorios; el usufructo (art. 2152, Cód. Civ. y Com.), el uso (art. 2154, Cód. Civ. y Com.), la habitación (art. 2158, Cód. Civ. y Com.) y las servidumbres activas (art. 2164, Cód. Civ. y Com.) se extinguen por el no uso. En cambio, la prescripción liberatoria se opera respecto de todos los derechos creditorios no ejercidos durante los plazos fijados por la ley.

14. Teoría de la obligación pasivamente universal

La concepción clásica de los derechos reales ha sido impugnada por PLANIOL. Sostiene el ilustre jurista francés que la idea de que los derechos reales establecen una relación directa entre una persona y una cosa es falsa porque una relación de orden jurídico no puede existir sino entre personas; esta es, afirma, una verdad axiomática y elemental para la ciencia del derecho. Y si se profundiza el análisis de los derechos reales, se verá que también en ellos hay sujeto activo y sujeto pasivo, entre los cuales, como en los derechos personales, se establece la relación jurídica. En nuestro caso, los obligados serán todos los integrantes de la sociedad, que tienen el deber de respetar el derecho real, de abstenerse de todo hecho que lo perturbe; es, pues, una obligación de no hacer que pesa sobre el resto de la colectividad y que por ello puede llamarse pasivamente universal. De ahí se desprende que la diferencia entre derechos reales y personales no es esencial, sino que se traduce solamente en lo siguiente: mientras que en estos últimos el sujeto pasivo es determinado, en los primeros es indeterminado y de número ilimitado.

Esta teoría nos parece más brillante que sólida. En primer término, no vemos por qué razón el derecho objetivo no puede amparar una relación directamente establecida entre una persona y una cosa. En verdad, creemos que existe aquí un equívoco respecto de la palabra relación. Es obvio y axiomático, como dice PLANIOL, que el derecho rige relaciones

entre las personas, puesto que su campo de acción es precisamente la coexistencia humana. Pero ello no se opone de modo alguno a que proteja ciertos bienes del hombre, teniendo en mira precisamente una posible agresión por parte de los demás individuos. Y así como hay un derecho al honor, a la vida, etc., hay también un derecho sobre los bienes que sirven para la satisfacción de nuestras necesidades económicas. ¿Qué error hay en decir, en este caso, que existe una relación directa entre el titular y la cosa? Y es que, en efecto, hay una vinculación directa entre ambos, puesto que ninguna otra persona se interpone ni puede legalmente interponerse en el uso y goce de la cosa.

Tampoco satisface la idea de la obligación pasivamente universal como característica de los derechos reales, puesto que el deber de respetar los derechos que tienen los miembros de una colectividad existe tanto en el caso de los derechos reales como en el de los personales, y aun en los de carácter extrapatrimonial.

Finalmente, esta concepción supone poner el acento en algo que es completamente secundario en los derechos reales; porque lo esencial y característico de estos no es la obligación pasiva que el resto de la sociedad tiene de respetarlos, sino el poder de goce y disposición que se reconoce al titular sobre la cosa.

No es extraño, por tanto, que esta teoría haya tenido una repercusión prácticamente nula en el derecho moderno.

15. Derechos intelectuales

En el derecho antiguo no se conocían otros derechos patrimoniales que los reales y los personales. La explotación económica de la producción artística estaba suficientemente protegida con ellos: el escultor, el pintor, el artesano, eran dueños de su obra y podían venderla. La literatura, en cambio, no ofrecía iguales posibilidades, puesto que la reproducción era manuscrita y, por tanto, el número de ejemplares limitadísimos. El aprovechamiento económico de la obra literaria era imposible y los autores, si no tenían fortuna propia, debían vivir de la generosidad de algún mecenas.

Fue la invención de la imprenta la que creó el problema al permitir la reproducción en grandes números. El autor se vio de pronto ante la posibilidad de obtener apreciables ganancias con la venta de ejemplares. Pero si bien se advirtió desde un comienzo la justicia de reconocerle al autor el derecho de lucrar con el producto de su ingenio, la imprenta creó otro problema no menos importante: hizo fácilmente reproducibles y divulgables todas las ideas políticas, económicas o religiosas, lo que se juzgaba peligroso para el Estado de aquella época. Se imaginó, entonces, un recurso que permitía conciliar el interés pecuniario del autor con el contralor de lo que pretendía imprimirse: la Corona concedía un privilegio

para publicar la obra, si esta no contenía nada que pudiera ser objeto de censura.

El sistema era, desde luego, insatisfactorio, puesto que los derechos del autor quedaban librados al arbitrio del príncipe; y cuando la Revolución Francesa hizo triunfar el principio de la libertad de imprenta, era ya inevitable reconocer a los autores un verdadero derecho de reproducir sus obras y explotarlas económicamente, sin depender de la concesión graciosa de un privilegio; y para acentuar categóricamente su calidad de derecho natural, no susceptible de ser desconocido, se lo llamó propiedad intelectual, denominación que, pese a su evidente impropiedad, tuvo éxito, precisamente porque importaba una reafirmación del derecho.

Casi al mismo tiempo sobrevino otro problema igualmente desconocido en la antigüedad. El maquinismo y la gran industria dieron lugar a la valoración económica de los inventos técnicos y científicos. La nueva figura jurídica de los derechos intelectuales venía también a proteger a los inventores.

¿Constituyen los derechos intelectuales una propiedad? Así son llamados en la CN (art. 17) y en la ley 11.723. Pero esta denominación solo se explica como fórmula de combate, para justificar una protección tan completa como sea posible; y quizá por ello mismo cuenta todavía con algunos defensores, que destacan la circunstancia de que el autor tiene el disfrute de su idea, puede reproducirla, venderla, etc., tal como es dado hacerlo al propietario. Pero la analogía no es muy importante. Cualquier derecho patrimonial puede aprovecharse económicamente, cederse, negociarse. Por lo demás, la asimilación con la propiedad resulta insostenible. Es de la esencia misma de esta la existencia de una cosa cierta y material sobre la cual recae el derecho; y las ideas no son susceptibles de apropiación. Es verdad que también los derechos intelectuales tienen un objeto: la obra, sea invento, descubrimiento, escrito, cuadro, estatua, página musical. Pero la obra no como materia (tal como la concebían los romanos) sino en tanto creación de la inteligencia. No hay como en la propiedad un objeto que puede poseerse y ser aprovechado con la máxima ventaja, precisamente por su adjudicación exclusiva a determinada persona. La obra literaria o artística, la obra intelectual, necesita, por el contrario, el mayor campo de expansión posible para producir sus mejores frutos. Ella supone la divulgación en la comunidad, no la permanencia en la mente de su autor. ¿Podría decirse que el autor es dueño absoluto de su obra, que solo él puede usarla, gozarla y aprovecharla?

Además, la propiedad es perpetua y los derechos intelectuales son esencialmente temporarios. Las ideas, ya lo dijimos, no son susceptibles de apropiación individual; pertenecen a la sociedad, puesto que son fruto

de ella. *El Quijote* no hubiera podido escribirlo un aborigen africano, por más talento natural que tuviere, fue necesario que Cervantes naciera en la cultísima España del siglo de oro. La televisión no hubiera podido ser inventada por el más genial físico de la antigua Grecia; se necesitó todo el inmenso aporte de la física moderna para llegar, luego de múltiples etapas, a la transmisión inalámbrica de la visión. Es justo, sin duda, que el autor o inventor pueda aprovechar de su nuevo aporte al progreso humano; pero también lo es que el fruto de la civilización sea gozado y aprovechado libremente por toda la sociedad después que el autor haya sido debidamente recompensado.

No hay, finalmente, interés alguno en hacer entrar por la fuerza los derechos intelectuales dentro de viejos moldes jurídicos que evidentemente no fueron hechos para ellos. Ya ni siquiera como bandera de lucha sirve la expresión de propiedad intelectual, pues las sociedades contemporáneas son más sensibles a la protección del trabajo que a la de la propiedad. Y lo lógico es vincular el derecho intelectual a la forma, quizá más noble, del trabajo humano.

Es necesario, por tanto, admitir que se trata de una tercera categoría de derechos patrimoniales, de naturaleza *sui generis*. Puede definirse como un derecho a la explotación económica temporaria de la obra o idea intelectual.

16. Derecho moral del autor

La obra artística, técnica, científica, etc. origina, además de los derechos intelectuales de naturaleza patrimonial, el llamado derecho moral de autor. Es un derecho personalísimo, nacido de la necesidad de proteger eso tan íntimo y profundo que es el propio pensamiento. El autor tiene derecho a cuidar la integridad de la idea u obra, a perfeccionarla, a oponerse a que se deformen sus conceptos; puede decidir si la obra ha de publicarse o no, y en qué momento. En fin, puede oponerse a su publicación, e, incluso, destruirla. Este último derecho no es, sin embargo, absoluto. Parece justísimo reconocerlo en ciertos casos, como ocurriría con un literato o filósofo que sufre una evolución espiritual y abomina de sus primeras obras; aun cuando hubiera cedido sus derechos intelectuales sobre estas a un tercero, conserva siempre el derecho a destruirlas, quedando obligado, desde luego, a indemnizar al cesionario. Pero si se trata de obras expresadas en un solo ejemplar (cuadros, esculturas) el autor únicamente puede destruirlas si es, al propio tiempo, dueño de la cosa.

El derecho moral de autor, de naturaleza extrapatrimonial, se vincula con la personalidad misma del hombre y es, por lo tanto, intransmisible e imprescriptible. Solo caduca en caso de expropiación de la obra por el Estado.

17. Concepto

Dentro de la terminología del Código de VÉLEZ se llaman cosas a los objetos materiales susceptibles de tener un valor (art. 2311, Cód. Civil derogado). Debe notarse que en su redacción originaria del Código derogado, el art. 2311 hablaba de objetos corporales.

La ley 17.711 cambió la palabra corporales por materiales, con lo que la idea se clarifica. No se trata ya de saber si las cosas son corpóreas, si tienen un cuerpo, sino si son materiales, si entra una materia física en su composición. Resulta así muy claro que son cosas todas las que ocupan un lugar en el espacio, sean sólidas, líquidas o gaseosas.

Se vincula estrechamente con esto, la cuestión de si las energías son o no cosas. La ley 17.711 agregó al art. 2311 un apartado que resuelve expresamente la cuestión: las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.

Aunque la ley no es precisa al regular las energías (electricidad, energía atómica, atracción magnética) son cosas, al atribuirle la misma condición jurídica, les reconoce la calidad de tales. En derecho lo que cuenta son los efectos; si las energías apropiables tienen igual condición jurídica que las cosas, son cosas.

Por lo demás, hace notar ROTONDI que las categorías jurídicas no presuponen identidad con las categorías y conceptos de otras ciencias y se inspiran más bien en apreciaciones vulgares; tiene la energía un contenido económico susceptible de goce y disposición que la asimila a las cosas. Entre el gas y la electricidad que se consumen en una casa, es difícil establecer diferencias conceptuales desde el punto de vista jurídico; ambos sirven de energía calórica y lumínica, ambos se consumen con el uso, pueden medirse, tienen un valor económico, son susceptibles de apropiación. ¿Con qué fundamento jurídico podrá establecerse entre ellos una diferencia que permita clasificarlos en categorías distintas? El concepto de bien debe reservarse para los derechos; todos los demás objetos económicamente valiosos son cosas.

Ahora bien: para que pueda tener valor económico, la cosa debe ser susceptible de aprehensión por los individuos. Por ello, el aire, el mar, que no pueden ser poseídos exclusivamente por nadie y que están al servicio de todos los hombres, no son, jurídicamente hablando, cosas.

Este criterio fue seguido por el nuevo Cód. Civ. y Com. en su art. 16, al establecer que los derechos individuales "pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas.

Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

Más aún el nuevo Cód. Civ. y Com. en el Título III del Libro Primero hace una distinción respecto de los bienes en relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva.

La palabra bienes fue usada en nuestra legislación con dos significados distintos.

En su acepción genérica, designa todos los objetos materiales e inmateriales susceptibles de valor económico (art. 2312, Cód. Civil derogado); las cosas quedan, pues, incluidas dentro de este concepto general. En su significado restringido bienes, por oposición a cosas, designa los objetos inmateriales económicamente valiosos, es decir, los derechos patrimoniales.

Cabe señalar en este punto una notable contradicción entre el texto de los arts. 2311 y 2312 del Cód. Civil derogado y la nota al primero. Mientras que en aquellos, como se ha dicho, bienes es el género y cosas la especie, en la nota citada VÉLEZ SARSFIELD explica estos conceptos atribuyéndoles un sentido precisamente inverso. Naturalmente, lo único que tiene valor legal es el texto de los artículos; de modo que la nota debe considerarse no escrita. El hecho, sin embargo, es interesante, porque prueba que VÉLEZ SARSFIELD modificó a veces el articulado sin rehacer las notas, lo que debilita mucho el valor interpretativo de estas.

A.— CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES Y LAS COSAS

18. Distintas categorías

Consideradas en sí mismas, las cosas se clasificaban, según el Código de VÉLEZ (arts. 2313 y ss.), en muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, divisibles e indivisibles, principales y accesorias, en el comercio y fuera de él. Las que estudiaremos por separado.

Pero a diferencia del Código de VÉLEZ, que incluía el tema en el Libro III destinado a los derechos reales, en el nuevo plexo legal, los conceptos de "bien" y "cosa" están en el Título Preliminar (arts. 16 y ss.) y su regulación se encuentra, en el Libro Primero, Parte General, Título III, bajo la denominación "Bienes".

El concepto de "bien" resulta notablemente ampliado en comparación a la anterior legislación, de tal forma que, actualmente, los bienes en sentido "amplio" comprenden:

a) los derechos individuales que la persona posee sobre el cuerpo humano o sus partes (art. 17 Cód. Civ. y Com.);

b) los derechos de las comunidades indígenas sobre bienes comunitarios (art. 18 del Cód. Civ. y Com.); y

c) los derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240 y 241 del Cód. Civ. y Com.).

Es decir, conforme el art. 16 del Cód. Civ. y Com., el término "bien" en sentido "amplio" abarca:

1) los bienes del individuo (cosas y derechos con valor económico y el cuerpo humano o sus partes, los cuales no tienen valor económico);

2) los bienes colectivos; y

3) los bienes comunitarios.

Es por ello que para un mejor entendimiento mantendremos la clasificación del código velezano encontrando que algunas de ellas siguen vigentes.

1.— Cosas muebles e inmuebles

19. Noción general

La posibilidad de moverse preside esta primera y más importante división de las cosas. Los inmuebles se encuentran fijos en un lugar; los muebles, en cambio, pueden trasladarse de un sitio a otro, ya sea por sus propios medios (semovientes) o por una fuerza externa. Esta regla, sin embargo, no es absoluta pues la ley, por razones que en su momento veremos, suele atribuir el carácter de inmuebles a cosas que pueden ser transportadas; e inclusive, aunque esto es excepcional, considera muebles a otras que están fijas en un lugar.

20. Cosas inmuebles

Los inmuebles pueden ser tales por su naturaleza, por accesión, por destino, o por su carácter representativo.

a) Inmuebles por naturaleza. Según el art. 225 del Cód. Civ. y Com., son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre.

Esta es una inmovilidad natural, que no depende del obrar humano. Abarca, ante todo, la tierra misma, con sus superficies sólidas o fluidas; se comprenden en este concepto inclusive los ríos porque, aunque sus aguas se desplazan, el cauce permanece siempre en el mismo lugar. Asimismo, lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, como son los vegetales en general (árboles, cereales, plantas florales, etc.). Pero la incorporación debe tener carácter permanente; de ahí que los almácigos, que están destinados a transportarse de un lugar a otro, sean muebles (nota al art. 2315 del Cód. Civil derogado). Tampoco son

inmuebles las plantas de maceta, puesto que no están incorporadas al suelo y pueden moverse.

Finalmente, alude el artículo comentado a todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre. Tal es el caso de los minerales sólidos, líquidos o gaseosos: minas de metales preciosos, napas petrolíferas o gaseosas, etc. Pero los cimientos de un edificio, los tesoros enterrados por el hombre, no son inmuebles por su naturaleza: los primeros lo son por accesión (art. 226, Cód. Civ. y Com.) y los segundos son muebles (art. 227, Cód. Civ. y Com.).

La inmovilización, casi está demás decirlo, cesa no bien las cosas dejan de estar incorporadas al suelo o de tomar parte de él. Los minerales extraídos, los frutos cosechados, son muebles desde el instante en que se los separa de la tierra.

b) Inmueble por accesión física. Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario.

No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario (art. 227, Cód. Civ. y Com.).

La razón es que dichas cosas forman un todo inseparable con el suelo, sin el cual, por así decirlo, no se concibe su existencia. Tal sería el caso de los edificios, pues no obstante haberse formado de partes muebles (ladrillos, cemento, cañerías, puertas, ventanas, etc.), el todo forma algo separado y diferente de las partes, que solo puede existir adherido físicamente al suelo. Son también inmuebles de esta clase los molinos, las galerías de una mina, los pozos de petróleo, etc.

La adhesión física al suelo debe tener carácter de perpetuidad, es decir, que tendrá que haberse realizado con el propósito de hacerla durar todo el tiempo que su conservación lo permita. Las adhesiones transitorias no son inmuebles; tal es el caso de los pabellones de una exposición, la tienda de un circo, los galpones levantados para guardar materiales de una obra, etc.

A diferencia de los inmuebles por destino, no interesa aquí la persona que realiza la adhesión; puede ser el propietario, el arrendatario, el simple poseedor a título precario, pues ello no altera el hecho de la adhesión física, determinante de la inmovilidad.

c) Inmuebles por destino. Esta clasificación de inmueble no se encuentra regulada, actualmente. Se denominaban inmuebles por destino las cosas muebles puestas por el propietario al servicio de un inmueble

(arts. 2316 y 2320, del Cód. Civil derogado). Para que estas cosas, que no quedaban adheridas al suelo, ni inmovilizadas, fueran reputadas inmuebles, era necesario: 1º) que hubieran sido puestas al servicio del inmueble; es decir, debía haber entre el fundo y los muebles una relación de destino, de modo que estos sirvieran a la finalidad de aquel; 2º) que hubieran sido puestas en él con carácter permanente; 3º) que las hubiere colocado el propietario, sus representantes, o los arrendatarios, en ejecución del contrato de arrendamiento (art. 2320, del Cód. Civil derogado). Si hubiesen sido puestas por los usufructuarios, solo se consideraban inmuebles mientras durare el usufructo (art. 2321, del Cód. Civil derogado).

Ejemplo de inmueble por destino eran los arados y útiles de la labranza de un fundo, los bancos de un colegio, el lecho, mesas, sillas de una casa habitación, etc. En cambio no lo eran el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros y las joyas, las ropas de uso, los granos, caldos, mercaderías, ni otras cosas que no formaban el ajuar de la casa (art. 2323 del Cód. Civil derogado). Casi era innecesario que la ley lo dijera expresamente, porque es evidente que estas cosas no están al servicio del inmueble.

La inmovilización por destino cesa desde que las cosas han sido retiradas del fundo por quien tenga derecho a hacerlo.

d) Inmuebles por carácter representativo. Eran inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis (art. 2317 del Cód. Civil derogado).

La ley hablaba solamente de instrumentos públicos, porque se exige la escritura pública siempre que se trate de constituir o transmitir derechos reales sobre inmuebles (art. 1184, inc. 1º, del Cód. Civil derogado).

Debía constar en ellos la adquisición de derechos reales, pues los instrumentos que comprueban derechos personales son muebles (art. 2319 del Cód. Civil derogado); y debían recaer sobre bienes inmuebles.

La exclusión de la hipoteca y la anticresis obedecía a que son accesorios de un derecho personal, al cual sirven de garantía y, por tanto, debían seguir la suerte de este, que se reputaba mueble (art. 2319, *in fine* del Cód. Civil derogado).

21. Cosas muebles

Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa (art. 227 Cód. Civ. y Com.) y pueden ser:

a) Muebles por naturaleza. Son muebles por naturaleza las cosas que pueden ser transportadas de un lugar a otro, sea moviéndose por sí

mismas, sea que solo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias de los inmuebles (art. 2318, Cód. Civil derogado). Las que se mueven por sí solas se llaman semovientes.

En el art. 2319 el Código derogado se aludía a diversas hipótesis que podrían resultar dudosas y afirmaba que son muebles: 1º) todas las partes sólidas o fluidas del suelo, separadas de él, como las piedras, tierras, metales, etc.; dentro de este concepto quedarán los árboles, las plantas y sus frutos, una vez separados del suelo; 2º) las construcciones asentadas en la superficie del suelo con carácter provisorio, tales como los pabellones de una exposición, la tienda de un circo, etc.; 3º) los tesoros, monedas y otros bienes puestos bajo el suelo; 4º) los materiales reunidos para la construcción de edificios, mientras no estén empleados; 5º) los que provengan de una destrucción de los edificios, aunque los propietarios hubieran de construirlos inmediatamente con los mismos materiales. Se discute si esta disposición es aplicable al caso de la reparación de edificios; por nuestra parte pensamos que sí lo es, porque la ley no establece ninguna distinción entre destrucción total o parcial, ni entre aquella que es provocada intencionalmente por el hombre y la que es consecuencia de un fenómeno extraño, y esto es lo lógico, porque cualquiera que sea la razón por la cual una cosa inmovilizada ha sido retirada del fundo y ha recuperado su movilidad, debe reputársela mueble.

b) Muebles por su carácter representativo. Esta categoría que tampoco se mantuvo en el nuevo Código, se regulaba en el art. 2319 *in fine* del Cód. Civil derogado, donde se establecía que eran muebles por su carácter representativo todos los instrumentos públicos o privados en los que constare la adquisición de derechos personales; asimismo lo eran los instrumentos públicos donde constaren derechos reales de hipoteca y anticresis (arg. art. 2317, *in fine* del Cód. Civil derogado) y los públicos o privados que comprueben la existencia de derechos reales sobre cosas muebles.

22. Semovientes y bienes muebles registrables

Dentro de las cosas muebles existía en el derecho civil argentino dos especies: los semovientes, cuyo significado en la riqueza nacional resulta obvio destacar, y los locomóviles, que tienen hoy un gran valor económico.

Esta necesidad resulta particularmente evidente en materia de transmisión de la propiedad; no es posible que el ganado o los automotores puedan enajenarse como cualquier otra cosa mueble, sin formalidad alguna, por la simple tradición. Este era, sin embargo, el régimen del Cód. Civil derogado; y si era explicable que VÉLEZ no pudiera prever el problema de los automotores, en cambio no se justificaba la

omisión de un régimen especial para los ganados, cuando en su época estaba en plena vigencia el sistema de la marca.

En cuanto a los semovientes, la omisión del legislador fue llenada por los Códigos rurales, que establecieron la formalidad de la marca y de la señal registrada para la trasmisión de la propiedad del ganado. Esto importaba una exigencia no contenida en el Cód. Civil derogado, ya que para este bastaba la tradición. Pero la jurisprudencia, siguiendo una idea de BIBILONI, supo conciliar el régimen del Código derogado con la exigencia de la marca y de la señal: como la propiedad de las cosas muebles se adquiere por la posesión de buena fe (art. 2412, Cód. Civil derogado), se decidió que no puede invocar buena fe el poseedor de ganado que no ha cumplido con el régimen de marcas y señales, impuesto no solo por las leyes locales, sino también por una larga costumbre.

En cuanto a los automotores, la trasmisión de su dominio deberá formalizarse por instrumento público o privado y solo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor (art. 1º, dec.-ley 6582/1958).

Respecto de las aeronaves, la trasmisión de su propiedad puede hacerse por instrumento público o privado, pero solo producirá efectos respecto de terceros desde su inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves (art. 50, ley 17.285).

23. Importancia de la clasificación

Desde el derecho romano, la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles reviste un gran interés legal. En la antigüedad, la tierra tenía una importancia fundamentalísima en relación con los valores mobiliarios; era la base principal de la riqueza individual y el centro de cohesión de la familia. En la sociedad feudal no solo confería fortuna y nobleza, sino que implicaba poder político. En cambio, los bienes muebles tenían un valor prácticamente despreciable, en relación con los inmuebles. Se decía: *res mobilis, res vilis*. De ahí surgió la necesidad imperiosa de establecer un régimen distinto para unas y otras.

Pero el desarrollo del comercio y, posteriormente, de la gran industria, dieron lugar a la creación de inmensas riquezas mobiliarias, cuyo monto y valor superan hoy, sin duda, a las inmobiliarias. Las grandes fortunas de nuestros días son las de los industriales y comerciantes y no las de los propietarios de tierra. Ya no puede decirse, como antaño, que las cosas muebles son viles o despreciables. Inclusive ha llegado a sostenerse que la distinción clásica entre muebles e inmuebles responde a exigencias económicas totalmente superadas y que hoy resulta artificiosa e inútil, debiendo ser substituida por la clasificación de cosas registrables (cuando así lo imponga su importancia económica y lo permita la posibilidad de

individualizarlas) y no registrables. Pero hay en esto una exageración evidente. Es un grueso error pensar que la tierra ha perdido su preponderancia económica y social. Basta recordar, para convencerse de ello, que uno de los temas que hoy dividen al mundo en dos campos antagónicos, es el de la propiedad privada sobre la tierra. Todo lo que es más esencial a la vida humana, la alimentación, el vestido, dependen de la producción agropecuaria; el ideal tan adentrado en el corazón de los hombres de la vivienda propia requiere la posesión de un solar. Por eso el régimen de la tierra se vincula con los fundamentos mismos de la organización política y social de los pueblos; ello explica también la solidez de los valores inmobiliarios. De ahí que todavía hoy se justifique un tratamiento legislativo distinto respecto de las cosas muebles. Sin embargo, es preciso reconocer que la división clásica resulta al presente un poco estrecha, porque el legislador ha embretado a todas las cosas muebles en un régimen único, sin establecer entre ellas las distinciones que impone su muy variada naturaleza y valor. Tal es, por ejemplo, el caso de los semovientes, los locomóviles y, en general, las maquinarias de gran valor económico, susceptibles todos del régimen del registro.

En nuestro derecho esta clasificación tenía importancia atento que para el Cód. Civil derogado existían las siguientes consecuencias las cuales en algunos casos siguen en uso:

a) Las cosas inmuebles se rigen por la ley del lugar en que están situadas, en lo que atañe a todo su régimen jurídico: derechos de las partes, capacidad para adquirirlas, modos de transferirlas y formalidades que deben acompañarlas (art. 10, Cód. Civil derogado); en todo lo que se refiere al régimen de la tierra, la aplicación de la ley extranjera está vedada. En cambio, respecto de los bienes muebles, hay que hacer una distinción: los que tienen una situación permanente y se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por la ley del lugar en que están situados; pero los que el propietario lleva consigo o son de uso personal, se gobiernan por la ley del domicilio del dueño (art. 11, Cód. Civil derogado).

b) La transmisión de bienes inmuebles o la constitución de derechos reales sobre ellos deben hacerse por escritura pública (art. 1184, inc. 1º, Cód. Civil derogado) los negocios sobre bienes muebles, en cambio, pueden hacerse por instrumento privado o sin formalidad alguna, salvo casos especialmente previstos por la ley.

c) La adquisición de inmuebles por prescripción requiere largos plazos de posesión continuada: diez años, si la posesión es de buena fe y a justo título (art. 1898, Cód. Civ. y Com.); veinte años si carece de estos requisitos (art. 1899, Cód. Civ. y Com.). En cambio, tratándose de muebles, la posesión de buena fe otorga instantáneamente el derecho de

propiedad, salvo que la cosa fuere robada o perdida (art. 1895, Cód. Civ. y Com.).

d) El derechos real de hipoteca solo puede recaer sobre inmuebles (arts. 2205 y 2212, Cód. Civ. y Com.); la prenda únicamente puede constituirse sobre muebles (art. 2219, Cód. Civ. y Com.) y la anticresis lo puede ser sobre bienes muebles e inmuebles (arts. 2214, 2216 y 2218, Cód. Civ. y Com.).

e) La protección legal del patrimonio de los incapaces de hecho, se manifiesta de manera más estricta con referencia a los inmuebles. Los padres no pueden enajenar ni gravar los inmuebles de sus hijos sin autorización judicial (art. 692, Cód. Civ. y Com.).

2.— Cosas fungibles y no fungibles

24. Concepto

Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad (art. 232, Cód. Civ. y Com.). Los ejemplos clásicos son el trigo, el vino, etc., que siendo de la misma calidad, son perfectamente reemplazables.

Por lo general pueden venderse o negociarse por peso, cantidad o medida: cien quintales de maíz, diez hectolitros de vino, veinte metros de tela, etc. Pero la característica típica o esencial consiste en la posibilidad de que un individuo de la especie pueda ser reemplazado por otro de la misma especie. Tal es el caso de los libros nuevos de una misma edición, o de las cosas *standards*; un automóvil recién salido de la fábrica es perfectamente reemplazable por otro de la misma serie. Solamente los muebles pueden ser fungibles.

Por el contrario, cosas no fungibles son aquellas que no pueden reemplazarse las unas por las otras, de una manera perfecta; así, por ejemplo, un fundo no puede ser reemplazado por otro, ni lo puede ser un caballo de carrera, aunque ambos animales tengan el mismo *pedigree*.

La distinción de cosas fungibles y no fungibles se funda por lo común en la naturaleza misma de aquellas; pero a veces hay factores subjetivos, propios del dueño, que determinan el carácter de la cosa. Así, por ejemplo, un libro nuevo es fungible respecto de otro ejemplar de la misma edición; pero si ese volumen tiene para el propietario un valor subjetivo especial, ya sea porque fue un regalo del autor, o porque se vincula con algún recuerdo personal, deja de ser substituible. A la inversa, una cosa en sí misma no fungible puede llegar a serlo por voluntad de los interesados: tal ocurriría si se vendieran cien ovejas, dentro de un lote de mil, a elección del vendedor; este puede reemplazar cualquiera de los animales por otro.

25. Importancia de la distinción

Esta clasificación tiene importancia en materia de obligaciones de dar. Si la cosa no fuere fungible, solo quedará pagada la obligación con la entrega de la cosa misma; si, por el contrario, fuese fungible, el obligado puede entregar a su elección cualquier cosa de la misma especie y calidad. El Cód. Civ. y Com. ha reglado detalladamente los efectos de las obligaciones de dar cosas ciertas e inciertas en los arts. 750 y ss.

3.— Cosas consumibles y no consumibles

26. Concepto

Según nuestro Código, son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo (art. 231 Cód. Civ. y Com.).

Las cosas consumibles son, pues, aquellas que desaparecen con el primer uso, sea porque se destruyen materialmente, como los alimentos o las bebidas, o sea porque salen del patrimonio de aquel a quien pertenecen, como el dinero. Ejemplo de cosas no consumibles son el vestido de una persona, un libro, un automóvil.

Algunos ejemplos no son tan típicos: tal es el caso del papel de escribir, que debe considerarse consumible aunque no salga del patrimonio del dueño, porque ya no puede volver a usarse para su destino normal.

Como en el caso de las cosas fungibles, la consumibilidad depende, en principio, de su misma naturaleza; solo por excepción, el destino que le dé su propietario puede alterar su carácter. Así, por ejemplo, un libro no es, por su naturaleza, consumible; pero sí lo es para el librero, que lo adquiere para venderlo; en esto consiste para él su utilidad y, desde luego, con el primer uso (la venta) desaparece de su patrimonio.

27. Paralelo con las cosas fungibles

Con frecuencia, las cosas fungibles son también consumibles; en los ejemplos más típicos ambas características marchan generalmente unidas; tal es el caso de los cereales, las bebidas, la mayor parte de los alimentos, el dinero, etc. Exagerando este paralelo, algunas leyes como la pasada regulación del Código español (art. 337) y el holandés (art. 561) identifican ambas categorías, disponiendo que sean fungibles las cosas que se consumen por el primer uso. Pero esto importa un evidente error; no hay entre ambas categorías de cosas una relación necesaria, puesto que responden a conceptos distintos. Lo prueban numerosos ejemplos: los libros, la mayor parte de los productos *standard*, son fungibles pero no consumibles.

4.— Cosas divisibles e indivisibles

28. Criterio de la distinción e interés práctico

Según nuestra ley, son cosas divisibles las que pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma.

Las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales (art. 228, Cód. Civ. y Com.). Ejemplos: la tierra, los granos, la moneda. En cambio, las cosas indivisibles no pueden ser partidas sin destruirlas: una mesa, un sombrero, una joya, etc.

Esta clasificación de las cosas tiene interés sobre todo en lo que respecta a la partición de la herencia, pues solo puede exigirse la partición real de las cosas divisibles.

29. El dinero

Repetidamente hemos citado el dinero como ejemplo característico de cosa mueble, fungible, consumible y divisible; pero no agotaríamos con ello la configuración jurídica de este bien.

El dinero es una cosa que sirve para procurarse otros bienes; a la inversa de lo que ocurre con las demás cosas, no presta por sí mismo ninguna utilidad económica, no proporciona al hombre ningún placer (salvo el goce patológico del avaro que recuenta sus monedas), pero sirve como intermediario en el trueque de cosas y bienes; con ese objeto ha sido creado y garantizado por el Estado y está sujeto a su vigilancia.

Es una creación ideal: se toma un valor cualquiera, al que se le asigna la función de servir de unidad, se le da un nombre, independientemente de sus cualidades corporales, y se lo lanza a la circulación, ya íntegro, ya dividido en sus múltiplos y submúltiplos, para que cumpla esa tarea de medir los demás valores materiales.

Este dinero, así creado por el Estado, constituye el medio normal de pago. Aun cuando la obligación consista en dar cosas que no son dinero, puede ocurrir que sea imposible su cumplimiento en especie, y entonces aquella se resuelve en el pago de una suma de dinero. Lo mismo ocurre en caso de incumplimiento de las obligaciones de hacer o no hacer, o de los daños ocasionados por un hecho ilícito.

Por consiguiente, a las calidades antes aludidas del dinero, debemos agregar la de numeralidad, pues es representativo de una unidad ideal, y la de legalidad, pues tiene curso legal obligatorio como instrumento de pago.

El estudio del dinero en su faz económica es materia propia de la Economía Política.

5.— Cosas principales y accesorias

30. Concepto e interés práctico

Para que esta división sea posible, es necesario, ante todo, que nos encontremos en presencia de dos o más cosas unidas con el mismo fin. En tal caso, debe haber una relación de dependencia o subordinación de la una para con la otra, de tal modo que esta siga la suerte de la primera o viceversa.

Las cosas principales pueden definirse como aquellas que tienen una existencia propia, determinada por ellas mismas y con prescindencia de las demás (v. art. 229, Cód. Civ. y Com.). Accesorias, en cambio, son las que tienen su existencia y naturaleza determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas (art. 230, Cód. Civ. y Com.). En un cuadro, la tela es la cosa principal, el marco lo accesorio; en un anillo, lo principal es la piedra, lo accesorio el engarce.

La condición y naturaleza jurídica de las cosas accesorias se determina por la de la principal: *accesorium sequitur principale*; principio este acogido expresamente en nuestra ley (art. 230, Cód. Civ. y Com.).

31. Frutos y productos

Se llaman frutos a las cosas que provienen periódicamente de otra, sin alterar su substancia. Tal es el caso de la fruta de un árbol, el grano de los cereales, etc. Los productos, en cambio, provienen también de una cosa, pero una vez extraídos, no se renuevan en ella y la dejan así disminuida en su substancia; por ejemplo, el mineral de un yacimiento. Un caso que ofrece algunas dificultades es el de la madera de un bosque. Si el bosque se tala con el propósito de no renovarlo, como ocurriría si se deseara cultivar la tierra, los cortes de madera son productos; pero si se trata de cortes regulares y periódicos y se permite o se favorece la reproducción de los árboles, son frutos.

Mientras están agregados a la cosa principal, los frutos y productos son accesorios de ella, con la cual forman un todo (art. 233, Cód. Civ. y Com.).

La distinción entre frutos y productos tiene particular importancia en cuanto a los efectos de la posesión, pues el poseedor de buena fe hace suyos los primeros, si los hubiere percibido, pero en cambio debe restituir los productos (arts. 1935 a 1940, Cód. Civ. y Com.). También la tiene en materia de usufructo, porque el usufructuario debe servirse de la cosa sin alterar su substancia (art. 2129, Cód. Civ. y Com.), con lo que está dicho que no puede utilizar los productos que, como hemos visto, la disminuyen; y con relación a la comunidad de bienes en el matrimonio, porque los

frutos de los bienes propios son gananciales, no así los productos, que conservan la calidad de propios (arts. 464 y 465, Cód. Civ. y Com.).

32. Clases de frutos

Según nuestro Código, los frutos pueden ser naturales, industriales y civiles.

a) Son frutos naturales las producciones espontáneas de la naturaleza, es decir, los que se producen sin la intervención de la mano del hombre. Ejemplo: la cría de los animales, la leche.

b) Son frutos industriales los que resultan de la industria del hombre o del cultivo de la tierra como los cereales, las verduras, las flores obtenidas por el floricultor.

c) Finalmente, son frutos civiles los que provienen del uso y goce de la cosa concedida a otro, como el alquiler de una finca, el interés del dinero, el precio del usufructo; o los que provienen de la privación del uso de ella, como las indemnizaciones que la ley acuerda al propietario por el despojo o la destrucción de la cosa que le pertenece; y, por fin, los salarios u honorarios derivados del trabajo material o intelectual.

El Código reputa accesorios a los frutos civiles. No los produce la cosa, como los naturales o industriales; no se relacionan con ella en un sentido material. Pero la ley los vincula estrechamente, bien con la cosa, bien con el trabajo del hombre, en los cuales han tenido origen.

33. Cosas adheridas al suelo

Las cosas que natural o artificialmente están adheridas al suelo son accesorias de él (art. 2331, Cód. Civil) tales como los árboles, los edificios. Agrega el Código derogado en el artículo siguiente, que las cosas adheridas a las cosas adherentes al suelo son accesorias de los predios. Era innecesario decirlo, pues esta disposición queda implícita en el artículo anterior.

La aplicación práctica de estos artículos se hallará en los derechos reales, al tratar los problemas que plantea la edificación y la plantación (arts. 1962 y ss.).

34. Cosas muebles adheridas a otras muebles

El art. 230 Cód. Civ. y Com. establece que si las cosas muebles se adhieren entre sí para formar un todo sin que sea posible distinguir la accesoria de la principal, es principal la de mayor valor. Si son del mismo valor no hay cosa principal ni accesoria.

De esta forma se establece una regla práctica para resolver los casos dudosos acerca de cuál es la cosa principal y cuál la accesoria; tal como ocurre, por ejemplo, con la malla de un reloj o, el engarce de un anillo, el marco de una tela. Claramente se puede advertir en los ejemplos

señalados cual es la principal y cuál es la accesoria. Pero bien entendido que la adhesión o unión no debe alterar la sustancia de ninguna de ellas, como ocurriría en la fusión de varios metales, porque entonces habría una sola cosa.

El respeto por el trabajo humano ha inspirado esta regla, dándole prevalencia sobre la materia que le ha servido para realizar la obra. Pero la norma no podía ser absoluta. Sobre todo cuando se trata de cincelado de metales o piedras preciosas, es frecuente que estos tengan un valor económico muy superior al trabajo del artista o artesano; en tal caso, la materia es la cosa principal.

6.— Cosas dentro y fuera del comercio

35. Concepto

Las cosas están en el comercio o fuera de él, según puedan o no servir de objeto a relaciones jurídico patrimoniales.

En el derecho romano el concepto era distinto. Llamábase *res in commercium* aquellas sobre las cuales los particulares podían ejercer un derecho; por el contrario, las *extra commercium* no eran susceptibles de apropiación individual. Pero en el derecho moderno, la comercialidad de las cosas no se vincula con la apropiación y goce sino con la posibilidad de enajenarlas o disponer de ellas.

En tal sentido, el Cód. Civ. y Com. en su art. 234 enuncia claramente cuales bienes están fuera del comercio, es decir, que su transmisión está expresamente prohibida: a) ya sea por la ley o bien, b) por actos jurídicos; ya que el nuevo Código permite tales prohibiciones.

36. Cosas absolutamente inenajenables

De lo señalado en el punto anterior resulta que son absolutamente inenajenables:

1º) Las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley; tal es el caso de los bienes del dominio público del Estado, de la indemnización por accidentes del trabajo, etc. La prohibición legal obedece siempre a razones de orden público, o bien a la protección de los incapaces o débiles.

2º) Las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones. El carácter pleno que en este principio tiene el derecho de propiedad, no se aviene con las limitaciones contractuales que puedan haberse establecido en el título de constitución del dominio. A título de ejemplo, podríamos decir que es lícita la prohibición de enajenar una cosa a persona determinada o, la de vender los bienes donados o legados por un término no mayor de diez años.

37. Cosas relativamente inenajenables

Son relativamente inenajenables las cosas que necesitan una autorización previa para su enajenación; cabe citar como ejemplos los bienes privados del Estado, cuya venta requiere autorización legislativa; los bienes de los menores y dementes, los inmuebles pertenecientes a los emancipados, etc.

38. Derechos inenajenables

No solo las cosas son inenajenables; también lo son ciertos derechos. Fundada, por lo general, en razones de protección a los débiles, la ley prohíbe la enajenación, renuncia o embargo de ellos. Entre los numerosos derechos que no pueden cederse citamos, por vía de ejemplo, el de reclamar alimentos futuros, los beneficios que conceden las leyes de trabajo y previsión social, etc.

B.— LAS COSAS CON RELACIÓN A LAS PERSONAS

1.— Bienes del Estado

39. Bienes públicos: enumeración legal

El Estado, sea nacional o provincial, posee bienes públicos y privados (arts. 235 y 236 del Cód. Civ. y Com.). La ley no ha definido el concepto de unos y otros, limitándose a enumerarlos. Analizaremos estas disposiciones para extraer después las nociones jurídicas que nos interesan.

El art. 235 enumera como bienes públicos los siguientes:

1) El mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo.

2) Las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso.

3) Los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción

a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos.

Cabe notar que VÉLEZ al redactar el Cód. Civil al tratar como bienes del dominio público a los ríos y demás aguas que corren, se había apartado de sus fuentes, que solo atribuían el carácter de bienes públicos a los ríos navegables o flotables, comprendiendo en esta disposición a todos los cursos de agua, lo que fue un acierto evidente, pues la navegabilidad o el transporte no es la única utilidad pública que prestan los ríos, que pueden servir de regadío, como fuente de energía eléctrica, etc. De ahí que no interesa la importancia del volumen de las aguas de un arroyo. También quedan comprendidos en esta, los cauces de los ríos o arroyos. Solo las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas siempre que no formen cauce natural (art. 239, Cód. Civ. y Com.), son, en otras palabras, los arroyos que nacen y mueren en una misma heredad y que, por lo tanto, pertenecen exclusivamente a su dueño.

También lo es toda agua que satisfaga un interés general y particularmente las aguas subterráneas. La disposición tiende a permitir el uso público de las aguas subterráneas y a evitar que el dueño del suelo pueda hacer una extracción excesiva e irracional que perjudique a los otros vecinos y a la comunidad. Los estudios geológicos han puesto de relieve la existencia de napas acuíferas importantísimas y muy dilatadas, cuyo aprovechamiento debe ser regulado para evitar su agotamiento temporal o definitivo. Por ello, el art. 235 inc. c) establece que la extracción debe hacerse en la medida del interés del propietario del suelo y con sujeción a las disposiciones locales, que por cierto podrá limitar la cantidad que puede extraer el propietario.

4) Las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares. Con todo acierto el Cód. Civ. y Com. deja fuera del dominio del Estado las islas que pertenecen a particulares. Claro está que no solo se refiere a las islas que en el momento de entrar en vigencia el nuevo código están en esa condición. También puede ocurrir que el Estado nacional o provincial desafecte del dominio público algunas islas y las venda a particulares.

5) El espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial.

Originariamente el Cód. Civil derogado exigía que fuera navegable por buques de más de 100 toneladas, lo que evidentemente era excesivo. Adviértase que aun los lagos y lagunas no navegables pueden pertenecer al dominio público si tienen aptitud para satisfacer un interés general, tal como lo dispone el inc. 3º. Por otra parte, es muy difícil que un espejo de agua no pueda ser navegado por lanchas que no tienen más que un calado mínimo. Deben exceptuarse, aunque el inciso no lo diga, los lagos o lagunas que están dentro de una sola heredad, pues es de aplicación analógica el art. 239 Cód. Civ. y Com.

6) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común.

Este inciso ofrece algunas dificultades en la interpretación de lo que debe entenderse por obras construidas para utilidad o comodidad común. Algunos autores piensan que todos los edificios públicos (oficinas, correos, etc.) están comprendidos en él, puesto que todos ellos prestan una utilidad común. Por nuestra parte estamos en desacuerdo con este punto de vista. De la enumeración hecha en el artículo surge muy claramente que lo que caracteriza el dominio público del Estado, es la circunstancia de que todos los ciudadanos tienen el uso y goce inmediato de él: esta es la utilidad o comodidad común a que alude el inciso. De lo contrario, todos los bienes del Estado deberían incluirse en el dominio público, pues todos ellos tienen una finalidad mediata o inmediata de interés general. ¿Qué cosa la tiene más que los fuertes de guerra o los ferrocarriles? Y, sin embargo, están expresamente enumerados entre los bienes del dominio privado del Estado.

Entre las obras de uso común que deben considerarse incluidas en este artículo, están los museos, bibliotecas, balnearios, campos deportivos y, en general, todos aquellos bienes susceptibles de goce directo por el pueblo.

7) los documentos oficiales del Estado;

8) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

Estos últimos incisos tienen su fuente en ley 17.711. Se trata de proteger la documentación del Estado y evitar que ella pase a manos privadas, como también los tesoros arqueológicos y paleontológicos, que de esta manera dejan de pertenecer al propietario del suelo para convertirse en un dominio público. Con ello se trata de evitar el saqueo o la comercialización de estas riquezas, lo que infortunadamente ha ocurrido por largos años en nuestro país.

40. Naturaleza y caracteres del dominio público

Aun cuando en la doctrina administrativa no existe acuerdo pacífico sobre el punto, es indudable que, en nuestro derecho, lo que caracteriza el

dominio público del Estado es la posibilidad de aprovechamiento y goce directo de los bienes por el pueblo.

Sus caracteres esenciales son los siguientes: a) son inalienables, lo que se explica en razón de su destino; con ello va implícito que no pueden gravarse con hipoteca ni realizarse sobre ellos ningún acto de disposición; pero el Estado puede vender los frutos (como las flores de un paseo público, los cortes de un bosque) y aún puede conceder su uso exclusivo, mediante ciertas condiciones (p. ej., el permiso para instalar puestos de frutas, verduras u otras mercaderías en la vía pública, en las plazas), porque estos actos no afectan el uso y goce popular de la cosa; b) son imprescriptibles (art. 237, Cód. Civ. y Com.), lo que es una consecuencia necesaria del carácter anterior; c) son de uso gratuito para todos los miembros de la comunidad.

¿Es el dominio público del Estado un derecho de propiedad? Evidentemente no. El Estado es apenas un administrador que se limita a reglamentar su uso por los particulares; carece de todos los atributos esenciales del propietario; no puede gozar exclusivamente de la cosa, puesto que su uso es común; no puede disponer de ella. Es más bien un dominio eminente del cual se desprenden algunas facultades que acompañan también a la propiedad: el derecho de reivindicar el bien, de ejercer acciones posesorias, de disponer de sus frutos, de conceder permisos particulares, etc.

41. Afectación y desafectación de los bienes públicos

La afectación es el acto por el cual el Estado pone un bien a disposición de todos sus súbditos para que aprovechen de él, con miras al bien común. Así, por ejemplo, un inmueble de propiedad particular del Estado podría ser convertido en plaza o paseo público, basta para ello un acto administrativo, hecho por autoridad competente, o inclusive, un uso inmemorial.

Más delicado es el problema de la desafectación de un bien del servicio o utilidad común. Puede hacerse, ante todo, por ley del Congreso; pero también por una declaración de la administración o por un hecho de ella, en cuya virtud aparezca indudable que la cosa ha dejado de servir directamente al fin de uso y goce público; la desafectación de hecho (caminos abandonados, desviados, suprimidos, etc.), ha sido admitida reiteradamente por la Corte Suprema.

Una vez desafectado el bien, queda sujeto al régimen del dominio privado y, por lo tanto, es susceptible de embargarse, enajenarse, etc.

42. Bienes del dominio privado

Son bienes del dominio privado del Estado aquellos que posee como persona jurídica y respecto de los cuales ejerce un verdadero derecho de propiedad, tal como está regido en el Cód. Civil.

Según el art. 236 del Cód. Civ. y Com., pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal:

1º) Los inmuebles que carecen de dueño. Este inciso tiene, entre nosotros, una explicación histórica. Al comienzo de la Edad Moderna, la Cristiandad atribuía al Papa las tierras sin dueños. Usando de tal facultad, Alejandro VI acordó a los reyes de España y Portugal el dominio sobre los bienes descubiertos en América. La corona española, a su vez, los repartió entre los primeros conquistadores, para premiar sus empresas; pero, lógicamente, siguieron perteneciéndole aquellas tierras que no fueron adjudicadas. Después de la independencia, los derechos españoles pasaron a la nación y, constituida esta federativamente, a la nación o a las provincias, según donde estuvieren situados.

El Estado tiene, pues, un título originario sobre las tierras sin dueño. De lo cual se deduce que no está obligado a justificar su dominio; por el contrario, son los particulares que lo invocan quienes deben acreditarlo.

2º) Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería. No solo los minerales y metales enumerados en este inciso pertenecen al Estado; la tendencia moderna es restringir cada vez más los derechos del propietario del suelo sobre los yacimientos o minas. Esta interesantísima y compleja cuestión es materia propia del derecho de minería.

3º) Los lagos no navegables que carecen de dueño. Cabe contraponer la clasificación de la regulación sobre las aguas particulares que surge del art. 239 del Cód. Civ. y Com. que establece que "las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho. Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles. El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de estos, derecho alguno".

4º) Las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros. Se diferencian de cosas de dueño

desconocido a las que nunca pertenecieron a ningún particular y de los mostrencos que son los muebles que no tienen dueño.

5º) Los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

43. Naturaleza y caracteres

El dominio privado del Estado es un derecho de propiedad regido por las disposiciones pertinentes del Cód. Civ. y Com. Pero de la circunstancia de que el titular es el Estado y de que, por tanto, ese dominio está destinado a servir mediata o inmediatamente a la sociedad, surgen inevitablemente algunas diferencias con la propiedad privada. Es necesario, ante todo, distinguir dos clases de bienes:

a) Aquellos que están afectados directamente a un servicio público, como lo son las plazas de guerra, los ferrocarriles, los edificios públicos. Estos bienes no son embargables, puesto que no podría concebirse la paralización de un servicio público en virtud de la ejecución del crédito de un particular; pero el Estado puede venderlos, arrendarlos, etc., si bien estos actos están sujetos a formalidades legales más o menos rigurosas.

b) Los que no están afectados a un servicio público y cuya utilidad general es solo mediata; tal sería el caso de las tierras sin dueños, de los bienes vacantes o mostrencos. Estos bienes son embargables, pueden venderse, gravarse, e inclusive, son susceptibles de ser adquiridos por prescripción por los particulares que los hubieran poseído.

2.— Bienes municipales

44. Régimen legal

Son bienes municipales, según el art. 236 inc. e), Cód. Civ. y Com., los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

Y puesto que estas entidades desempeñan en la vida política de un pueblo una función eminentemente estatal, forzosamente sus bienes están sometidos al mismo régimen jurídico que los del Estado. También ellos se dividen en públicos y privados, siendo de aplicación los principios estudiados precedentemente.

3.— Bienes de la Iglesia Católica

45. Dominio público y privado

La primera cuestión que se presenta en lo que atañe a los bienes de la Iglesia Católica, es si ellos pertenecen a la iglesia universal o bien a las iglesias parroquiales locales. El Cód. Civ. y Com. las ha incluidos dentro de las personas jurídicas públicas (en el art. 146 del Cód. Civ. y Com.).

La solución adoptada por el Cód. Civil redactado por VÉLEZ (art. 2345) era importante porque consagraba la independencia entre los bienes de las iglesias y, por ende, la separación de sus patrimonios, los créditos o deudas de cada una eran también independientes y la Iglesia no respondía por ellos.

Para el código de VÉLEZ dada la estrecha vinculación entre la Iglesia Católica y el Estado argentino, era necesaria su protección, no solo por la Constitución, sino también por las leyes de la Nación, por ser la religión católica la predominante en nuestro pueblo, por la misión esencial que desempeñara en la vida nacional, y el hecho de ser una persona de derecho público (art. 33, Cód. Civil derogado), lo que imponía consagrar también respecto de sus bienes, la distinción entre dominio público y privado. Forman parte del primero los afectados directamente al culto, con todas las consecuencias que ello importa: inembargabilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad, mientras dure la afectación. Naturalmente, las autoridades eclesiásticas serán las únicas que pueden desafectar esos bienes.

Respecto a sus bienes según el Cód. Civ. y Com. su patrimonio se rige por el Libro Primero - Parte General - Título II - Persona jurídica.

46. Iglesias no católicas

Esta distinción del Código derogado tenía como consecuencia que todas las iglesias no católicas eran, para nuestra ley, meras corporaciones, personas jurídicas de existencia posible (art. 33, Cód. Civil).

De ahí que no pueda hablarse en su caso de derecho público eclesiástico. Sus bienes y todo lo relativo al culto, se pueden enajenar, como los de cualquier persona jurídica privada, de acuerdo con sus estatutos (art. 148, Cód. Civ. y Com.).

4.— Bienes de los particulares

47. Principio general

Después de enumerar cuáles son los bienes pertenecientes al Estado nacional o provincial, y a las municipalidades, el Cód. Civ. y Com. establece que los que no son de estos, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos, salvo aquellas establecidas por leyes especiales (art. 238, Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, como algunos casos particulares que en el código derogado se analizaban y que puede dar lugar a dificultades, entendemos que:

a) Los puentes y caminos, y cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares en terrenos que les pertenezcan, son del dominio privado de los particulares, aunque los dueños permitan su uso o

goce a otras personas (el Código en su anterior redacción lo preveía en su art. 2348).

b) Los lagos que no son navegables, y que están dentro de una misma heredad, tal como resultaría del art. 238 Cód. Civ. y Com.

c) Las vertientes, es decir, las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños. Pero es de destacar que dichas facultades quedan sujetas a un contralor y a las restricciones que la autoridad de aplicación entienda que es necesario establecer en beneficio del interés púbico, conforme el art. 239 del Cód. Civ. y Com.).

48. Bienes de incidencia colectiva

El Cód. Civ. y Com. en su art. 240 incorpora una nueva categoría de bienes: los referidos a los Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva, estableciendo: "El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial". Además, regula en el art. 241 que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulten aplicables.

CAPÍTULO XI - TEORÍA GENERAL DE LOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

I — Hechos jurídicos

§ 1.— Concepto y clasificación

1. Concepto

El Cód. Civ. y Com. contiene, a diferencia del Cód. Civil derogado, una "Parte General" para todo el código y dentro de ella se regula la teoría general de los hechos y actos jurídicos.

Para el código de Vélez existían, del sinnúmero de hechos que acaecen constantemente en el mundo externo, algunos que tenían la propiedad de producir efectos jurídicos. A estos los llamó, en el art. 896, hechos jurídicos.

Si se analiza esta relación entre el hecho y la consecuencia jurídica, es fácil advertir que esta última no deriva de alguna condición o calidad propia de la naturaleza de ciertos hechos, sino simplemente de que la ley lo establece. De ahí que el hecho jurídico pueda ser definido como el presupuesto de hecho necesario para que se produzca un efecto jurídico; en otras palabras, es el conjunto de circunstancias que, producidas, deben determinar ciertas consecuencias de acuerdo con la ley.

Los hechos que no tienen ninguna trascendencia jurídica se llaman simples hechos; tales, por ejemplo, el trueno, el vuelo de un pájaro, un eclipse lunar, la lluvia, etc.

2. Clasificación

La naturaleza de los hechos jurídicos es tan variada y multiforme que conviene clasificarlos a fin de introducir un orden en su estudio.

a) Ante todo, pueden clasificarse en naturales y humanos. Los primeros son todos aquellos que acaecen sin intervención del hombre; así, por ejemplo, un granizo que destruye una cosecha puede hacer nacer el derecho a una indemnización si la cosecha hubiera estado asegurada contra ese riesgo; un rayo puede, en algunos casos, dar lugar a una indemnización de accidentes del trabajo. Los hechos humanos son todos aquellos realizados por el hombre y que producen efectos jurídicos: un contrato, un delito, etc.

b) Asimismo, pueden clasificarse en hechos positivos o negativos; los primeros importan una transformación efectiva de ciertas circunstancias de hecho, tal como la muerte, un delito, la aceptación de una oferta; los segundos implican una abstención: la falta de cumplimiento de una obligación de no hacer.

c) Los hechos jurídicos humanos pueden ser voluntarios e involuntarios; sobre este concepto nos remitimos al nro. 569.

d) Finalmente, pueden ser lícitos e ilícitos, según que sean o no conformes a la ley. A su vez, en los hechos ilícitos el autor puede responder en razón de un factor de atribución objetivo (cuando la conducta del agente es irrelevante) o en razón de un factor de atribución subjetivo, en este último caso sea por su culpa o dolo. En la vieja codificación los hechos ilícitos se clasificaban en delitos (dolo) y cuasidelitos (culpa), categorización abandonada y que no se la regula en el nuevo Cód. Civ. y Com. De ellos nos ocuparemos en el nro. 575.

§ 2.— HECHOS VOLUNTARIOS

A.— CONDICIONES INTERNAS

3. Condiciones internas: enumeración, concepto y hechos que les afectan

Las condiciones internas de los actos voluntarios son el discernimiento, la intención y la libertad (art. 260, Cód. Civ. y Com.).

Se llama discernimiento a una aptitud elemental para comprender el significado del acto. Afectan este requisito y por tanto, son causa de nulidad de los actos: la inmadurez (entendiéndose por tal no tener las edades mínimas antes señaladas); la enfermedad mental o adicción permanente o prolongada y cualquier accidente que prive a una persona del uso de su razón (art. 261 del Cód. Civ. y Com.).

La intención es el propósito de realizar ese acto. Mientras que el discernimiento es una condición de carácter general, referida a cualquier acto, la intención debe existir respecto del acto concreto que se desea realizar. Según el Código, afectan la intención el error y el dolo.

La libertad es la posibilidad de llevar a cabo o no el acto jurídico según las propias conveniencias o deseos de la persona. Carecerá de libertad si ha sido objeto de violencia o intimidación.

Según el art. 260 del Cód. Civ. y Com., para que un acto pueda ser reputado voluntario es preciso que reúna aquellas tres condiciones. Y como consecuencia lógica de esta premisa, los hechos ejecutados sin discernimiento, intención o libertad no producen por sí obligación alguna.

4. Nuestra opinión. Crítica del Código derogado y del Código Civil y Comercial

Los arts. 897 y 900 del Cód. Civil se hacían pasibles, a nuestro entender de serios reparos. No es exacto que el discernimiento, la intención y la libertad sean requisitos ineludibles de los actos voluntarios; no es exacto que la falta de alguno de ellos haga totalmente ineficaz un acto humano. Hay numerosos actos en los que faltan algunos de estos requisitos que el art. 897 del código derogado reputaba esenciales, y que sin embargo han tenido plena validez legal. Veamos algunos ejemplos:

a) Actos válidos en los que falta el discernimiento: son numerosos e importantes; nos ocuparemos de ellos en el número siguiente.

b) Actos válidos en los que falta intención: según el viejo Código, se presumen sin intención los actos realizados con error (art. 922) o con dolo. Sin embargo, cuando el error no es excusable, el acto es válido (art. 928); pero excusable o no, el error ha existido, de tal modo que ha faltado intención; para ser coherente con el art. 897 del código anterior, tales actos deberían ser inválidos. Lo mismo puede decirse sobre el error en los motivos, que tampoco vicia el acto. Más típico todavía es el caso del dolo recíproco; si ambas partes están engañadas, en las dos, falta intención y, sin embargo, el acto es válido. Por último, tampoco hay intención en las declaraciones hechas bajo reserva mental (digo querer

comprometerme a tal cosa, pero interiormente no tengo intención de hacerlo), y sin embargo son válidas.

c) Actos válidos en los que falta libertad: en el caso de temor reverencial o de obligaciones contraídas en estado de necesidad: falta la libertad, y sin embargo, los actos son válidos (v. arts. 932, inc. 4º, y 940 Código de VÉLEZ).

Estas contradicciones son inevitables si se adopta la teoría psicológica de los actos voluntarios. Según lo veremos más adelante, esa posición es hoy insostenible. Lo que interesa al derecho no son los procesos íntimos, desarrollados en el fondo de la conciencia individual, sino la exteriorización de ellos. Sobre esta cuestión de fundamentalísima importancia, hemos de volver más adelante (v. nro. 572).

Cabe todavía hacer una objeción final al Código de VÉLEZ. Esta distinción entre los tres elementos internos de la voluntad (discernimiento, intención y libertad), exacta, sin duda, en la psicología pura, es excesivamente sutil en el campo del derecho. Jurídicamente hablando, estos tres elementos se podrían reducir sin mayor esfuerzo a uno solo: la intención. En efecto, si falta discernimiento, no puede hablarse de acto intencional, porque la intención presupone la aptitud de discernir; tampoco puede decirse que un acto es intencional si el autor ha obrado bajo violencia, lo que significa que la falta de libertad afecta también la intención.

Más allá de alguna crítica en la redacción del nuevo Cód. Civ. y Com., creemos que el plexo normativo intentó modernizar la materia de los hechos y actos jurídicos.

5. La cuestión del discernimiento

Hemos visto ya que los arts. 260 y 261 del Cód. Civ. y Com. hacen del discernimiento un requisito esencial de los actos voluntarios. Pero cabe preguntarse: ¿a qué edad tiene discernimiento una persona? En la realidad de la vida ello depende de cada caso particular; hay niños jóvenes sumamente precoces y otros de desarrollo más lento. Pero es tan sutil esto de saber si una persona tiene o no discernimiento que si no hubiera una regla fija conforme a la cual los jueces pudieran decidir con certeza cuándo lo hay y cuándo no, habría numerosísimos casos dudosos. Para zanjar esas dificultades, el art. 261 del Cód. Civ. y Com. dispone: "Es involuntario por falta de discernimiento:

a. el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón;

b. el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años;

c. el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales".

Embarcado a nuestro criterio en la teoría psicológica, era inevitable una disposición como la del art. 261 del Cód. Civ. y Com., que determinase claramente cuándo hay discernimiento y cuándo no lo hay. El error en el planteo conducía inevitablemente a este otro error.

Es inexacto que los menores de trece años carezcan siempre de discernimiento, es decir, de la aptitud para apreciar o valorar ciertas cosas. Desde el punto de vista psicológico, un menor de doce años, por ejemplo, tiene pleno discernimiento para realizar una multitud de actos sencillos, tales como comprar sus útiles de colegio, tomar un ómnibus (lo que significa celebrar un contrato de transporte), comprar mercaderías de escaso valor, tales como golosinas, algunas provisiones de almacén por mandato de sus padres, etc. En cambio, un menor de quince años no tiene todavía el discernimiento necesario para otorgar ciertos actos jurídicos complejos, tal como podría ser un contrato de sociedad, un contrato relativo a la explotación de un establecimiento rural o industrial, la constitución de un derecho real sobre sus bienes inmuebles. Esto significa que, desde el punto de vista psicológico, es arbitrario fijar una sola edad para atribuir discernimiento a las personas, sin tener en cuenta el desarrollo mental de cada ser ni la complejidad de cada acto en relación con el cual interesa saber si se posee o no ese discernimiento.

Esta cuestión fue discutida incasablemente en el Código de VÉLEZ, atento que desde el punto de vista psicológico era inevitable una disposición como la contenida en el art. 921. Desde el punto de vista jurídico, la ley debía reconocer la validez de numerosos actos realizados por personas que según el art. 921 (Cód. Civil derogado) carecían de discernimiento, lo que suponía una contradicción con el principio que sentaba en los arts. 897 y 900 (Cód. Civil derogado). Como ejemplo era el de la mujer que no había cumplido catorce años (y que por tanto, era legalmente impúber) podía, si estaba embarazada, contraer matrimonio, es decir, podía realizar el acto más importante de la vida civil, no obstante carecer de discernimiento según el art. 921 del Cód. Civil derogado; más aún, a partir del casamiento y aunque tenía menos de catorce años, podía celebrar todos los actos para los cuales son capaces los menores emancipados, que son numerosos e importantísimos. Otro ejemplo: Un menor de diez años podía tomar la posesión de las cosas, lo que es también un acto voluntario lícito. Finalmente, los menores que no habían cumplido catorce años y los dementes, no obstante lo dispuesto en el art. 921 del Cód. Civil derogado, podían realizar válidamente una multitud de pequeños actos, que nosotros hemos llamado "pequeños contratos" (v. nro. 341).

Por nuestra parte, pensamos que la noción del discernimiento es totalmente inútil en el plano del derecho. Por lo pronto se resume en el requisito de la intención, según ya lo hemos dicho: además el derecho no tiene por qué entrar a juzgar si ha existido o no discernimiento, problema muy sutil y esencialmente variable. Lo que la ley debe hacer es simplemente esto: en materia de actos lícitos, fijar la edad a partir de la cual reconoce capacidad para realizarlos y las causales que determinan la pérdida de esa capacidad (incapacidad, capacidad restringida, condenaciones penales, etc.); en materia de actos ilícitos, determinar desde qué edad es responsable por sus consecuencias y cuáles son las causas de irresponsabilidad.

B.— Condición externa

6. La declaración de la voluntad

Reconociendo la insuficiencia de los elementos internos de la voluntad para conferirle valor jurídico, el art. 262 del Cód. Civ. y Com. dispone que "los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material". Es lo que se llama la manifestación o declaración de la voluntad.

Por declaración de voluntad debe entenderse no solo la palabra verbal o escrita, sino toda conducta o proceder que de acuerdo con las circunstancias permita inferir la existencia de una voluntad.

7. Distintas formas de manifestación de la voluntad

La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley (art. 915, Cód. Civil derogado).

a) Declaración formal y no formal. Llámanse declaraciones formales aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formas exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad (art. 285 del Cód. Civ. y Com.); ejemplos típicos son el testamento, el casamiento, etc. Declaraciones no formales son aquellas que no están sujetas a ninguna solemnidad legal. De este tema nos ocuparemos con la debida extensión en el nro. 654.

b) Declaraciones expresas y tácitas. Declaraciones expresas son aquellas en que la voluntad se manifiesta verbalmente, o por escrito, o por signos inequívocos (art. 262, Cód. Civ. y Com.). Los ejemplos de la última hipótesis son frecuentes en la vida diaria: una persona sube a un ómnibus y, sin pronunciar palabra, paga su boleto; o bien saca una revista de un puesto y deja el importe; o bien levanta la mano en un remate para hacer una postura. No ha mediado palabra, pero la conducta ha sido inequívoca e importa, por consiguiente, una declaración expresa de voluntad.

El concepto de voluntad tácita no está bien logrado en el art. 264, que habla de actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la voluntad. Ahora bien: si de los actos realizados se desprende esa certidumbre, es porque se trata de signos inequívocos, como lo afirma el art. 262, por consiguiente, la manifestación es expresa. Por nuestra parte, entendemos que la única manifestación tácita es aquella que se infiere del silencio.

c) Declaración presumida por la ley. A veces, la declaración de la voluntad resulta de una presunción legal; si un pagaré se encuentra sin anotación alguna en poder del deudor, se presume que su entrega le ha sido hecha voluntariamente por el acreedor.

8. El silencio como manifestación de voluntad

En principio, el silencio guardado por una persona con respecto a una oferta o a la conducta de otra, no puede ser tomado como manifestación de voluntad (art. 263 del Cód. Civ. y Com.).

Por silencio debe entenderse no solo el abstenerse de pronunciar o escribir palabras, sino también la abstención de realizar signos inequívocos, que permitan inferir la voluntad de una persona.

El Cód. Civ. y Com., al referirse al silencio como manifestación de la voluntad, establece que el silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (art. 263).

La ley atribuye al silencio el alcance de una manifestación de voluntad, por ejemplo, cuando:

a) Hay una obligación de explicarse por la ley, tal es el caso de una persona que es llamada judicialmente a reconocer la firma que está al pie de un documento y guarda silencio; la firma se tiene por reconocida, es decir, que el silencio equivale a una declaración de reconocimiento.

b) Cuando hay obligación de explicarse por las relaciones de familia, como sería el caso de una acción de filiación.

c) Cuando haya una obligación de explicarse a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes. Ejemplo: un empresario suscribe con otro un contrato mediante el cual este se obliga a hacerle entrega periódica de una mercadería a un precio que se estipula y pagadero trimestralmente, sujetando la duración del contrato a un preaviso. Al cabo de un tiempo, el proveedor le hace saber al otro contratante que la mercadería ha subido de precio y que, en adelante, se la cobrará a tanto más. El empresario guarda silencio y sigue recibiendo

la mercadería. Este silencio debe ser interpretado como aceptación del nuevo precio. Se ha resuelto también que si avisado el mandante por el mandatario, de que se ha extralimitado en sus poderes, guarda silencio, debe entenderse que ha habido ratificación.

d) A estos casos hay que añadir la siguiente hipótesis: que las partes hayan convenido que el silencio de una de ellas sea tomado como declaración de voluntad en un sentido dado. En tal caso, es la voluntad de las partes la que le confiere ese valor. Ejemplo: las partes acuerdan celebrar un contrato de locación; por una cláusula se dispone que si las partes no denuncian el convenio en un plazo de sesenta días antes del vencimiento, se tendrá por prorrogada la locación por dos años más.

C.— Hechos ilícitos

9. Delitos y cuasidelitos: concepto y elementos

Los hechos ilícitos importan siempre una violación de la ley. Los hechos ilícitos no pueden ser objeto de los actos jurídicos. La ilicitud, por definición, forma parte de la esencia de este tipo de actos porque el ordenamiento legal no puede tutelar aquellos que son contrarios a sus disposiciones o principios.

Para que haya un acto ilícito en materia civil, es necesario: 1) que sea contrario a la ley; 2) que exista un daño a terceros. En efecto, mientras no haya un tercero damnificado por la acción ilícita, no interesa juzgar la licitud o ilicitud de una conducta humana. En cambio, en materia penal la ilicitud existe aun cuando no haya perjuicios para nadie: tal es lo que ocurre con la tentativa de cometer un delito, la cual constituye un acto punible.

El Cód. Civil derogado comprendía dos grandes categorías: los delitos y los cuasidelitos. Los primeros son aquellos hechos ilícitos realizados con intención de producir el resultado contrario a la ley: tales, el homicidio premeditado, el robo, etc. En los cuasidelitos, en cambio, no media intención sino culpa. La infracción a la ley no ha sido querida por el agente, sino que ha resultado de un acto (o de una omisión) llevado a cabo sin haber tomado todas las diligencias necesarias para evitar el daño; ejemplo típico es el del accidente de tránsito ocasionado por el exceso de velocidad, por una distracción, o por cualquier otra negligencia.

Por más que el Cód. Civ. y Com. no se refiere a las consecuencias que recaen sobre los actos jurídicos de objeto prohibido, es claro que la sanción es la nulidad (art. 386, Cód. Civ. y Com.). Así será absoluta cuando el objeto del acto sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, mientras que será relativa cuando la sanción se encuentre establecida en interés individual.

Acerca de la responsabilidad que recae en estos hechos, la ley 17.711 ya había zanjado la cuestión que daba lugar a controversias y sobre la que la jurisprudencia se había pronunciado, esto es, que la responsabilidad por los cuasidelitos es tan solidaria para los coautores, como lo es en los delitos, y que ha sido ratificado en forma expresa por el art. 1751 del Cód. Civ. y Com.

Hoy el codificador ha simplificado y clarificado lo que se refiere a hecho jurídico y acto jurídico. Así el hecho jurídico es el acontecimiento que conforme el ordenamiento jurídico produce el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones o situaciones jurídicas.

Es necesario no confundir el delito civil con el criminal. El primero está caracterizado, según ya lo hemos dicho, por la intención de cometer el acto contrario a la ley. En cambio, delito criminal es todo acto previsto y penado por las leyes penales, sea intencional o culposo. De esta divergencia conceptual resulta que muchas veces un hecho importa la comisión de un delito criminal, pero no de uno civil, y viceversa. Así, por ejemplo, un homicidio culposo, tal como el que resulta de un accidente de tránsito, es un delito criminal, pero no civil; antes bien, es un caso típico de cuasidelito.

D.— Imputabilidad de los hechos y actos

10. Imputabilidad de los actos voluntarios

El problema de la responsabilidad por hechos voluntarios o involuntarios tiene, a nuestro entender, su ubicación correcta en el curso de obligaciones. Aquí solo nos limitaremos a dar algunas nociones generales.

La responsabilidad civil por los hechos voluntarios está basada en la idea de la culpa. Este sistema tiene un respetable fundamento de orden moral. Pareciera, en efecto, que solamente aquellos daños provocados intencionalmente o por negligencia del autor deben ser indemnizados por él. Pero en el derecho moderno este sistema ha quedado superado. El fundamento del resarcimiento no puede ser exclusivamente la culpa si bien nunca se podrá prescindir totalmente de ella en la consideración del problema pues hay otros elementos que justifican la indemnización de los daños. El riesgo creado con una actividad, con las máquinas que se utilizan, el beneficio que tales actividades o medios de trabajo significan para quien los explota, hacen también justo que se repare a quien ha sufrido un daño como consecuencia de aquel riesgo creado por el beneficiario.

Para el Cód. Civ. y Com. los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna. En otras palabras, únicamente los actos voluntarios pueden dar origen a

esa responsabilidad. Adviértase que no se requiere la intención de cometer un daño. El automovilista que conduce su automóvil y embiste a un transeúnte, no lo hiere a designio, pero el acto que ha provocado el daño (conducir el automóvil) ha sido realizado con discernimiento, intención y libertad. En suma, la responsabilidad puede tener su origen en el dolo o la culpa, pero el acto doloso o culposo debe ser siempre voluntario.

En nuestro derecho, el problema de la responsabilidad ha sido enfocado siguiendo las tendencias modernas, desde el punto de vista del damnificado. Pues lo que parece justo es que quien ha sufrido un daño imputable a otra persona deba ser reparado por ella. Esta tendencia ya había sido acogida por la ley 17.711 y fue mantenida en el Cód. Civ. y Com. en el art. 1757, admitiendo la teoría del riesgo creado; quien con sus actividades aunque sean lícitas y aun benéficas para la sociedad, crea un riesgo, debe indemnizar sus consecuencias con entera independencia de que haya o no culpa.

11. Reglas para graduar la responsabilidad

El encadenamiento causal de los hechos que acontecen en el universo llega a veces al infinito. El autor de un acto o hecho no podría ser responsable por todas las derivaciones de aquel. De ahí que nuestra ley distinga entre las consecuencias inmediatas, mediatas y consecuencias casuales.

a) Consecuencias inmediatas son aquellas que ocurren según el curso ordinario y normal de las cosas (art. 1727, Cód. Civ. y Com.). Si una persona le hace un disparo a otra, la consecuencia inmediata será la herida o la muerte. El autor del hecho es responsable por estas consecuencias.

b) Consecuencias mediatas son aquellas en las que la relación de causalidad es más remota y que no surgen necesariamente del hecho que les dio origen.

Son según el Cód. Civ. y Com. las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. De estas consecuencias se responde solamente cuando el autor del hecho las hubiera previsto o cuando empleando la debida atención y conocimiento de las cosas, haya debido preverlas (art. 1727, Cód. Civ. y Com.). Así, por ejemplo, si un estanciero vende a otro un lote de vacunos enfermos de aftosa y como consecuencia de ello se enferma el resto de la hacienda, el vendedor es responsable no solo de los daños derivados de la muerte de los animales vendidos (consecuencias inmediatas), sino también de la propagación de la enfermedad (consecuencias mediatas), pues este daño pudo razonablemente preverse.

c) Consecuencias casuales son aquellas en las que la relación de causalidad es tan remota que en verdad no podían ser previstas ni aun usando toda la diligencia que el caso requería. Estas consecuencias no son imputables al autor del hecho sino cuando fueron tenidas en mira al ejecutarlo (art. 1727, Cód. Civ. y Com.).

Complementa este sistema una regla contenida en el art. 1724, y que dice así: Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

El Cód. Civ. y Com. valora la responsabilidad desde el ángulo del autor del hecho. En otras palabras, no es la gravedad de la culpa la que determina el monto de la indemnización, sino el perjuicio real sufrido por la víctima y la calidad de su autor.

12. Efectos de los actos involuntarios

El art. 260, Cód. Civ. y Com., establece que los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna.

En otras palabras, los hechos involuntarios no son imputables a su autor.

Esta regla tiene, sin embargo, una excepción: si como consecuencia del hecho involuntario, el autor se hubiera enriquecido, deberá indemnizar a la víctima en la medida del enriquecimiento. No hay aquí sino una simple aplicación de la idea del enriquecimiento sin causa.

Además, y para atenuar algunas de las consecuencias a que conduciría la aplicación rigurosa del art. 260 Cód. Civ. y Com., el art. 1754 del mismo código establece que en el caso de daños causados por personas que obran bajo su responsabilidad parental son responsables los que los tienen a su cargo, es decir, los padres y tutores.

Merece recordarse que la ley 17.711 había ya introducido dos reformas esenciales a un sistema que resultaba ya anacrónico. Por una de ellas se agregó un párrafo al art. 907 del Cód. Civil derogado, según el cual aunque un hecho sea realizado sin discernimiento los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima. Por la otra en el art. 1113 la teoría del riesgo: cuando el daño es causado por el riesgo o vicio de la cosa, el propietario o guardián es responsable aun cuando pruebe que no hubo culpa de su parte. Para eximirse de

responsabilidad no basta esta prueba negativa, sino que es preciso probar que hubo culpa de la víctima o de un tercero por el cual no se responde. Es decir, que los arts. 260 y 1754 de actual Cód. Civ. y Com. tienen su fuente y origen en los citados arts. 907 y 1113.

Con tales reformas se ha concluido con el sistema que hacía de la culpa el único fundamento de la responsabilidad. Hoy el derecho mira el problema de la indemnización desde el ángulo de la víctima y no del autor del hecho. La falta de discernimiento, la falta de intención o de culpa, no excluyen siempre la responsabilidad por los hechos ilícitos.

II — Actos jurídicos

13. Concepto e importancia

Dentro de la categoría de actos voluntarios lícitos existe una especie, los actos jurídicos, que tienen una enorme importancia en el campo del derecho. Es el medio con que cuentan los hombres para establecer entre ellos el tejido infinito y complejísimo de sus relaciones jurídicas. La inmensa masa de actos jurídicos comprende hechos de tan diversa importancia y naturaleza como, por ejemplo, las pequeñas compras de mercaderías al contado (cigarrillos, golosinas, comestibles, etc.), la adquisición de un inmueble, de un establecimiento comercial o industrial, la fundación de una asociación, el otorgamiento de un testamento, una oferta, un pago, etc.

No resulta extraño, por consiguiente, que los juristas se hayan encontrado en serias dificultades para formular un concepto que abarque actos tan diversos. En la doctrina alemana la cuestión ha dado lugar a dificultades tan graves que Windscheid ha podido escribir: "en rigor, aquí no se debería decir: negocio jurídico es esto y esto, sino por negocio jurídico, yo entiendo esto y esto".

De estas dificultades nos hemos librado en nuestro derecho merced a una acertadísima disposición contenida en el art. 259 del Cód. Civ. y Com., que define con toda precisión el acto jurídico: El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

Los elementos del acto jurídico son el sujeto, el objeto, la causa y la manifestación de la voluntad hecha en forma legal. El sujeto es la persona (humana o jurídica) que hace la declaración de voluntad; debe ser capaz, sin lo cual el acto sería ineficaz. De los restantes elementos nos ocuparemos en el nro. 582.

14. Caracteres

De esta definición se desprenden los caracteres propios de los actos jurídicos: 1º) son actos voluntarios; 2º) son lícitos; 3º) tienen por fin

inmediato la producción de efectos jurídicos. Este último es el carácter específico de los actos jurídicos y el que permite distinguirlos de otros actos voluntarios lícitos.

15. Distinción con otros actos voluntarios lícitos

Según ya lo hemos dicho, los actos jurídicos se distinguen de los demás actos voluntarios lícitos, en que tienen por fin inmediato producir efectos jurídicos. En cambio, en los restantes actos voluntarios lícitos, las partes no se proponen un fin jurídico que, no obstante, puede producirse por imperio de la ley. Así, por ejemplo, el acto de alambrar un campo tiene un fin exclusivamente práctico (evitar el paso de hacienda); sin embargo, es un acto posesorio del que derivan todas las consecuencias establecidas en la ley. El artista que pinta una tela o que talla la piedra, solo se propone crear una obra de arte, pero, por imperio de la ley, se produce un acto jurídico: la adquisición del derecho intelectual sobre el cuadro o la escultura.

§ 1.— La voluntad y la declaración en los actos jurídicos

16. El problema de las divergencias entre la intención y la declaración de la voluntad

Si bien lo normal en un acto jurídico es que la intención coincida con la declaración de la voluntad, suelen presentarse algunas hipótesis de desencuentro entre ambas: a) cuando por error se manifiesta una cosa distinta de la que en realidad se desea; b) en el caso de reserva mental, o sea cuando deliberadamente se hace una manifestación que no coincide con la intención, haciendo reserva interior de que no se desea lo que se manifiesta desear; c) cuando se hace una declaración con espíritu de broma o sin entender obligarse, como, por ejemplo, las palabras pronunciadas en una representación teatral; d) cuando se simula un acto jurídico; e) cuando la declaración ha sido forzada por violencia o ha resultado de un engaño.

La comprobación de la posibilidad de desacuerdo entre la intención y la declaración hace inevitable este interrogante: ¿debe darse prevalencia a la intención sobre la declaración o a esta sobre aquella?

Digamos, desde ya, que esta cuestión no ofrece interés práctico en algunas de las hipótesis señaladas: así, por ejemplo, en materia de dolo y de violencia, en que la nulidad del acto se funda en el hecho ilícito. En cambio, tiene importancia decisiva en otros casos; tal, por ejemplo, en el error, y muy particularmente en el delicado problema de la interpretación de los actos jurídicos.

17. Teoría de la voluntad

La teoría clásica sostenía el imperio absoluto de la voluntad interna. Según ella, la esencia misma, el origen íntimo y verdadero de toda vinculación contractual, es la voluntad de las partes. "Implicando la noción de contrato, dice CELICE, el concurso de dos voluntades internas, lo que hay que interpretar son esas voluntades; todo lo que las acompaña, gestos, palabras, escritos, etc., no son más que despreciables vestigios de los procesos por los cuales se han dado a conocer". La declaración solo sería una cuestión formal, accidental y la noble tarea judicial consiste en desentrañar la verdadera voluntad de las partes y hacerle producir efectos.

Esta teoría imperó sin contradicción hasta principios del siglo XIX, en que los juristas alemanes la hicieron objeto de duros ataques, sosteniendo, por su parte, una doctrina objetiva, sustentada en la declaración de la voluntad.

18. Teoría de la declaración de la voluntad

Dejando de lado algunas exageraciones que condujeron a negar todo papel a la voluntad en la formación de los actos jurídicos, es preciso destacar cuál fue el mérito principal de la doctrina alemana: poner de relieve la importancia principalísima de la declaración en la formación de los actos jurídicos. No es exacto que la declaración sea un despreciable vestigio de la voluntad interna; por el contrario, forma con esta un todo indisoluble, a tal punto que no puede concebirse una sin la otra. Para que la intención se transforme de fenómeno de conciencia en fenómeno volitivo, es indispensable la exteriorización; de ahí que esta sea necesaria para la existencia misma de la voluntad y que, por consiguiente, sea falso e impropio hablar de voluntad interna.

Por lo demás, y planteando la cuestión en un terreno estrictamente jurídico, es necesario reducir a sus justos límites el papel de la voluntad en lo que atañe a los efectos de los actos jurídicos. Es preciso afirmar que la fuerza obligatoria de los contratos no deriva de la voluntad de las partes, sino de la ley. Es verdad que al atribuir esa obligatoriedad, la ley tiene en cuenta de modo muy primordial el respeto por la voluntad del hombre; pero también considera otros factores no menos importantes: la obligatoriedad de los contratos es una exigencia ineludible del comercio y de la vida social; media inclusive una razón de orden moral en el cumplimiento de la palabra empeñada.

Pero es en la faz práctica donde la teoría clásica revela toda su debilidad. Es evidente que la intención o voluntad íntima (como tan impropiamente se llama), justamente por ser puramente psicológica e interna, es inaccesible a los terceros y no puede ser la base de un negocio jurídico, que por ser fuente de derechos y obligaciones, quizá gravosas,

debe tener un fundamento concreto, seguro y serio, condiciones que no podrán encontrarse en la simple intención.

Resulta así evidente que la formación de los contratos en general, no puede surgir sino de la coincidencia de las voluntades declaradas, únicas que pueden conocer y apreciar las partes. Ni estas ni el juez llamado a entender en un litigio, pueden ni deben intentar vanas investigaciones psicológicas, destinadas siempre a resultados inciertos.

No debe pensarse, por ello, que la teoría de la declaración menosprecia la intención; por el contrario, su aplicación conducirá a respetarla en la enorme mayoría de los casos, porque lo normal es que las palabras de una persona coincidan con su intención, tanto más cuanto que se trata de negocios jurídicos en que, precisamente por ser fuente de derechos y obligaciones, las partes ponen un especial esmero en traducir con fidelidad su pensamiento.

En conclusión: la buena fe, la seguridad de los negocios, la confianza que debe presidir las relaciones humanas, están interesadas en que los actos jurídicos reposen sobre una base cierta y segura, que no puede ser otra cosa que la voluntad declarada: las intenciones que no existen sino en el espíritu de las partes no entran en el dominio del derecho. Bien claro que por declaración de voluntad no debe entenderse tan solo la palabra hablada o escrita, sino toda conducta o proceder que de acuerdo con las circunstancias y apreciada de buena fe, permita inferir la existencia de una voluntad de obligarse.

§ 2.— Clasificación

19. Distintos criterios

Para introducir un orden dentro de la compleja trama que forman los actos jurídicos, se los ha clasificado de acuerdo con diversos criterios:

20. a) Actos positivos y negativos

En los primeros, el nacimiento, modificación, extinción, etc., de un derecho, depende de la realización del acto; tal es, por ejemplo, la firma de un pagaré, el pago de una suma de dinero, la realización de un trabajo o de una obra de arte. En los segundos, en cambio, la conducta jurídica consiste en una omisión o abstención; tal es el caso de las obligaciones de no hacer. El propietario de una casa alquilada a un tercero debe abstenerse de perturbarlo en el goce de ella; en este hecho negativo, en esta abstención, consiste el cumplimiento de su obligación (v. arts. 1200 al 1204, Cód. Civ. y Com.).

21. b) Actos unilaterales y bilaterales

Los actos jurídicos son unilaterales cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales

cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas, como los contratos (art. 957, Cód. Civ. y Com.).

Esta clasificación no debe confundirse con la de contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos son siempre actos jurídicos bilaterales, desde que no existen sin el concurso de voluntades; pero en orden a sus efectos, se llama unilaterales a los que crean obligaciones a cargo de una sola de las partes, tales como el depósito, la donación; y bilaterales a aquellos que las crean para ambas, como la compraventa, el contrato de trabajo.

22. c) Actos entre vivos y de última voluntad

Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman "actos entre vivos", como son los contratos. Cuando no deben producir efectos sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan "disposiciones de última voluntad", como son los testamentos.

23. d) Actos gratuitos y onerosos

Actos a título gratuito o simplemente gratuitos son aquellos en que la obligación está a cargo de una sola de las partes y responde a un propósito de liberalidad; tales los testamentos, la donación, la renuncia sin cargo a un derecho. En cambio, en los actos onerosos las obligaciones son recíprocas y cada contratante las contrae en vista de que la otra parte se obliga a su vez; así ocurre en la compraventa, la permuta, etc.

24. e) Actos formales y no formales

Actos formales son aquellos cuya eficacia depende de la observancia de las formas ordenadas por la ley (art. 285, Cód. Civ. y Com.); y no formales aquellos cuya validez no depende del cumplimiento de solemnidad alguna. Sobre esta importante materia nos remitimos a nuestro nro. 654.

25. f) Actos de administración y de disposición o enajenación

No resulta sencillo delimitar con precisión estos conceptos. La doctrina es poco precisa y nuestra ley positiva no ha contribuido, por cierto, a poner claridad en las ideas.

Acto de administración es aquel que mantiene en su integridad el patrimonio e inclusive aumenta, por medio de una explotación normal, los bienes que lo componen. La explotación agrícola o ganadera de un inmueble, la continuación del giro comercial de un negocio, la reparación de un edificio para mantenerlo en estado de habitabilidad o utilización, son ejemplos típicos.

En cambio, el acto de disposición implica el egreso anormal de bienes y, por lo tanto, una modificación substancial de la composición del patrimonio. A veces el acto supone un empobrecimiento neto del patrimonio, como en el caso de una donación; en otras, hay bienes que

ingresan en compensación de los que egresan, como en la compraventa. Pero en ambos casos hay, como se ha dicho, una modificación substancial y anormal de la composición del patrimonio.

Es preciso destacar que la caracterización de un acto como de administración o de disposición, no depende casi nunca de la naturaleza del acto mismo. Así, la compraventa suele ser citada como ejemplo típico del acto de disposición; pero la venta del producto anual y regular de un establecimiento agrícola-ganadero o industrial es un acto de administración. La locación importa por lo general un acto de administración; pero cuando el tiempo convenido es muy prolongado, ella supone afectar substancialmente el valor del inmueble. Por excepción, deben considerarse siempre actos de disposición las enajenaciones a título gratuito.

§ 3.— La causa

26. Diversos significados de la palabra causa

La palabra causa tiene en nuestro ordenamiento una larga discusión doctrinaria, es por ello que decíamos que en el Código derogado existían dos acepciones diferentes: a) designaba, a veces la fuente de las obligaciones, o sea los presupuestos de los cuales derivaba algún hecho idóneo para producirla de conformidad con el ordenamiento jurídico: como, por ejemplo, la suscripción de un contrato (este es también el sentido del art. 726 del Cód. Civ. y Com.); b) otras veces, en cambio, era empleada en el sentido de causa final; significaba el fin que las partes se habían propuesto al contratar (en este sentido, los actuales arts. 282, 1796, etc. del Cód. Civ. y Com.). El primer significado es ajeno a la teoría del acto jurídico; solo nos interesa el segundo. Y es precisamente respecto de este que se ha trabado un interesantísimo debate doctrinario.

Es por ello que el Cód. Civ. y Com. intenta definir causa en el art. 281 afirmando que la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

Se ha discutido si la causa debe o no ser considerada como un elemento esencial del acto jurídico; se ha cuestionado incluso la propiedad de la palabra causa; y, lo que es más grave, existen profundas divergencias respecto del significado cabal de esta institución. ¿Qué es la causa? Es necesario confesar que los esfuerzos de los juristas por precisar con claridad el concepto no han sido muy fructíferos. Subsisten aún hoy, después de una abundantísima literatura sobre el tema, profundas divergencias.

Lo que sí podemos reconocer es que el antiguo debate doctrinario ha quedado definitivamente zanjado en el nuevo Código, al otorgarle a la causa, definitivamente, el carácter de elemento del acto jurídico e incorporar expresamente un aspecto subjetivo, manifestando que también la integran los motivos exteriorizados, cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si fueran esenciales para ambas partes.

27. La doctrina clásica

La doctrina clásica sobre la causa encontró su máximo exponente en DOMAT. Esta concepción es definidamente objetiva: la causa es el fin del acto jurídico; cuando se habla de fin, no debe creerse que se trata de los móviles personales y psicológicos de cada contratante, sino de los elementos materiales que existen en todo contrato; por consiguiente, en los contratos sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada una de las partes es la contraprestación de la otra. Así, por ejemplo, en la compraventa, la causa de la obligación contraída por el vendedor es el precio que recibirá; mientras que para el comprador, la causa es la cosa que adquiere. En los actos a título gratuito es el *animus donandi*, o intención de beneficiar al que recibe la liberalidad. Faltaría la causa si no existe contraprestación o si no hay *animus donandi.*

28. La tesis anticausalista

A partir de un célebre artículo publicado en Bélgica por ERNST, la teoría de la causa sufrió rudos ataques de parte de los más ilustres juristas. PLANIOL la impugnó por falsa e inútil.

Es falsa, sostuvo, porque existe una imposibilidad lógica de que en un contrato sinalagmático, una obligación sea la causa de la obligación de la contraparte. Las dos nacen al mismo tiempo. Ahora bien: no es posible que un efecto y su causa sean exactamente contemporáneos: el fenómeno de la causa mutua es incomprensible.

Es inútil, porque esta noción de causa se confunde con la de objeto; y, particularmente, la causa ilícita no parece ser otra cosa que el objeto ilícito.

Finalmente, en materia de actos gratuitos, el *animus donandi*, considerado de una manera abstracta y con independencia de los motivos verdaderos que inspiraron el acto, resulta una noción vacía de todo sentido.

29. La doctrina moderna

La tesis anticausalista está hoy en franca bancarrota: pero es necesario reconocer que sus ataques contra el concepto clásico de causa han sido fructíferos, porque han permitido ahondar el análisis del problema y lograr

una concepción más flexible y útil. En esta faena la labor de la jurisprudencia ha sido primordial. Mientras que los juristas se sentían perplejos ante los vigorosos ataques contra la teoría de la causa, los jueces seguían haciendo una aplicación constante y fecunda de ella. Eso estaba indicando que la noción de causa era una exigencia de la vida del derecho.

Si la fuerza obligatoria de los actos jurídicos se hace residir exclusivamente en la voluntad de los otorgantes, es claro que la idea de causa resulta inútil: basta el acto volitivo para explicar la obligación. Pero esta concepción es estrecha, cuando no falsa. La tutela jurídica no se brinda a una voluntad cualquiera, vacía e incolora, sino a aquella que tiene un contenido socialmente valioso. La sola voluntad, escindida de un interés plausible que la determine, no es justificación suficiente de la validez del acto jurídico, puesto que no es un fin en sí misma: quien promete, dispone, renuncia, acepta, no tiende pura y simplemente a despojarse de un bien, transmitirlo, sino que mira a alcanzar una de las finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación. El acto volitivo, para ser fuente de derechos y obligaciones, debe estar orientado a una finalidad útil desde el punto de vista social; en otras palabras, debe tener una causa o razón de ser suficiente. La idea de justicia toma así el lugar que le corresponde en las relaciones contractuales. Y precisamente donde más fecunda se ha mostrado la noción de causa, es sirviendo al ideal de justicia y moralidad en el derecho.

30. La cuestión en nuestro derecho

La causa es un elemento autónomo y esencial de los actos jurídicos en nuestro derecho positivo. La cuestión era ciertamente controvertida en nuestra antigua codificación; y es preciso decir que la ambigüedad de los textos del Cód. Civil derogado dio pie a esta divergencia. Para apreciar las dificultades, conviene transcribir los arts. 499 a 502 del Código derogado, en los cuales se centró principalmente la discusión en nuestro derecho.

Los artículos que generaron controversias son: el art. 499 del Código derogado que establecía que "no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles"; el art. 500 que afirmaba que "aunque la causa no esté expresada en la obligación se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario"; el 501 que preveía que "la obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera"; y por último el 502 que sostenía que "la obligación fundada en una causa

ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o al orden público".

Ninguna duda cabe de que el art. 499 del Cód. Civil derogado se refería exclusivamente a la fuente de la obligación (contrato, voluntad unilateral, delito, cuasidelito y ley); su texto es claro. La cuestión se plantea respecto de lo siguiente: ¿se refieren también ellos a la causa-fuente o, por lo contrario, aluden a la causa-fin?

La primera opinión ha sido sostenida desde luego por los autores anticausalistas; se hace notar que no es explicable que el codificador haya dado un significado diferente a la palabra causa en disposiciones ubicadas unas a continuación de otras; además, como según ellos, la causa no es un elemento esencial y autónomo de las obligaciones, se impone la conclusión de que todas estas normas se refieren a la causa fuente (SALVAT, GALLI, SPOTA).

Pero otro sector muy importante de nuestra doctrina (MACHADO, COLMO, LAFAILLE, BUSSO), al que nosotros adherimos, sosteníamos que los arts. 500 a 502 del Cód. Civil derogado aludían a la causa fin, es decir, al significado propio que la palabra causa tiene en derecho. La simple lectura de los textos lo demuestra. Así, el art. 500 del Cód. Civil hablaba de la causa expresada en la obligación; la obligación significa aquí manifestación de voluntad, documento, contrato, en otras palabras, la fuente. Obvio resulta entonces, que cuando se alude a la causa expresada en ella, no se puede indicar también la propia fuente, porque entonces el texto carecería de sentido. Lo mismo podía decirse del art. 501 del Cód. Civil. No menor es la evidencia que surge del análisis del art. 502 del mismo ordenamiento. También esta norma carecería de sentido si la palabra causa se refería a la fuente. Disponía que la obligación fundada en una causa lícita es de ningún valor; pero es que los hechos ilícitos son una de las típicas causas-fuentes de las obligaciones que nacen de la voluntad de las partes.

Digamos, para concluir, que la jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido constante en atribuir a la palabra causa, contenida en los arts. 500 a 502 del Cód. Civil, el significado de causa-fin; y que la aplicación que ha hecho de ella ha sido fecunda.

Sentado que el Cód. Civil aludía a la causa final en estos artículos, cabe preguntarse si, no obstante ello, era realmente este un elemento autónomo de los actos jurídicos. El art. 953 del Cód. Civil dio pie a que algunos autores sostuvieran en nuestro derecho, con un significado novedoso, la tesis anticausalista. Según ellos, la noción de causa se resume en la de objeto. El mismo art. 953, de tan rico y valioso contenido, no aludiría tan solo a la materia del acto considerada en sí misma, sino también al fin individual perseguido por las partes y al fin social del acto.

La amplitud de este precepto tornaría inútil la noción de causa-fin (SPOTA, LLAMBÍAS, BARCIA LÓPEZ). Como los primeros anticausalistas, estos autores identifican causa y objeto; pero mientras que aquellos reducían la noción de causa a la de objeto, estos amplían el concepto de objeto hasta confundirlo en el de causa final.

No podemos compartir una opinión que, a nuestro juicio, introduce confusión entre dos ideas que deben separarse cuidadosamente. El objeto designa la materia de la obligación, la prestación debida, que es algo exterior a la personalidad de las partes; la causa forma parte del fenómeno de volición. Un ejemplo pone en claro estas ideas. He aquí un legado de cosa cierta. El objeto de este acto es la cosa legada: la causa es el ánimo de hacer una liberalidad y, más aún, la voluntad de beneficiar a determinada persona porque ha sido el amigo íntimo o el sobrino predilecto del testador.

Es por ello que, a diferencia de la normativa derogada, el Cód. Civ. y Com. ha introducido de manera explícita la opción de causa en su art. 281, al determinar que "la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa o tácitamente si son esenciales para ambas partes". Con esto se pone fin a la discusión si la causa debe o no ser considerada como un elemento esencial del acto jurídico; atento que se ha cuestionado incluso la propiedad de la palabra causa durante mucho tiempo en la doctrina nacional.

31. Nuestra opinión

Por nuestra parte adherimos al concepto subjetivo de causa. Con ello queremos expresar nuestro repudio a la idea de causa como finalidad típica y constante en cada acto jurídico, con independencia de la voluntad de los sujetos que lo celebran. Pero nos guardamos bien de caer en subjetivismos excesivos y estériles, que no hacen sino desprestigiar esta teoría. Entendemos que la causa está integrada por todo lo que ha sido determinante de la voluntad del sujeto, siempre que esa finalidad esté incorporada expresa o implícitamente al acto mismo. Por consiguiente, comprende: a) la contraprestación, o sea el objeto del acto, que en los contratos bilaterales queda comprendido dentro de la idea de causa, como que es el fin primero e inmediato por el cual se contrata; b) los fines o motivos mediatos o personales, y por tanto eminentemente subjetivos, con tal de que esos móviles integren expresa o implícitamente la declaración de voluntad o sean conocidos por la otra parte y, atentas las circunstancias, deban ser tenidos como fundamento de la volición; c) en los actos gratuitos, la causa será el ánimo liberal y, además, la razón inmediata por la cual esa liberalidad se hace: amistad, parentesco, deseo

de ayudar a un necesitado, de contribuir a una obra benéfica, etc. Como en el caso anterior, este motivo de la liberalidad no puede considerarse como causa si no integra expresa o implícitamente la declaración de voluntad.

Lo que no está en el acto, lo que no ha sido expresado por las partes al contratar, lo que no está implícito en la declaración de voluntad o en la naturaleza del acto, no puede considerarse la causa final determinante; cuanto más serán motivaciones íntimas, inaprehensibles e indiferentes en la vida del derecho.

32. Distinción con los motivos

Es necesario no confundir la causa con los motivos que han impulsado a contratar. La primera es el fin inmediato, concreto y directo que ha determinado la celebración del acto; los motivos son los móviles indirectos o remotos, que no se vinculan necesariamente con el acto. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa de un inmueble, la causa para el vendedor es el precio que ha de recibir; si ha realizado la operación con el ánimo de costearse un viaje a Europa, este sería un simple motivo, que no afecta en nada el acto. Estos motivos, por ser subjetivos e internos, contingentes, variables y múltiples, son imponderables y, por lo tanto, resultan jurídicamente intrascendentes. Es claro que un motivo puede ser elevado a la categoría de causa, si expresamente se le da tal jerarquía en el acto o si la otra parte sabía que el acto no tenía otro fundamento que él. Un ejemplo, si el inquilino de un inmueble celebra el contrato para instalar un comercio, esta será la motivación que resulta relevante para ambas partes (el inquilino querrá alquilar un inmueble que pueda ser habilitado como comercio y el dueño del inmueble estará interesado en una locación comercial dotando al local de los requerimientos básicos para aquello), no así el caso de un alquiler de una casa porque le gusta su parque, motivación que podría tener una significación emocional para el inquilino pero que resulta absolutamente irrelevante para el dueño del inmueble. En el primer caso las motivaciones están vinculadas con el fin inmediato de la celebración del acto jurídico y resultan relevantes, en el segundo, no.

33. Presunción de la existencia de la causa

Establece el art. 282 del Cód. Civ. y Com., que aunque la causa no esté expresada en el acto, se presume que existe, mientras no se pruebe lo contrario, criterio este, que ya estaba asentado en el art. 500 del Cód. Civil, de la misma forma que era válida, aun siendo falsa, si estaba fundada en una causa verdadera (art. 501, Cód. Civil).

La solución de nuestra ley es perfectamente lógica; los hombres no actúan jurídicamente porque sí, sin motivo o causa verdadera, porque ello sería irrazonable. Además, una razón de buena fe y de seguridad de los

negocios obliga a reconocer efectos jurídicos a la declaración de voluntad, mientras no se pruebe que adolece de algún defecto legal que la invalida. Por ello, se presume la existencia y licitud de la causa. Pero queda a salvo el derecho del deudor de demostrar que no es así.

34. Falta de causa y falsa causa

Importando la causa un requisito esencial de los actos jurídicos, la falta de ella implica la anulación del acto.

En teoría se ha pretendido distinguir la falta de causa de la falsa causa. Pero es evidente que ambas hipótesis se confunden. Cuando una persona contrae una obligación en virtud de una determinada causa y luego resulta que esta no existe, falta la causa; y este es, precisamente, un caso típico de falsa causa. No se puede concebir que falte la causa sin vincular ese hecho con un error, que hizo creer en la existencia de algo que en verdad no existía. Un compromiso sin causa, dice COLMET DE SANTERRE, sería un acto de locura.

Sin embargo, puede ocurrir que en el título de la obligación se exprese una causa que no es la verdadera; si esta existe y es lícita, la obligación es siempre válida. Lo que interesa, en definitiva, es la causa real, no la aparente. Esta cuestión se vincula con el problema de la simulación, que estudiaremos oportunamente.

35. Acto abstracto

La causa de los actos jurídicos debe ser lícita; una obligación fundada en una causa ilícita es de ningún efecto. Del mismo modo, la causa contraria a la moral y las buenas costumbres anula el acto.

Dicho lo anterior el Cód. Civ. y Com. incorpora el concepto de acto abstracto en el art. 283 afirmado que "la inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice".

La teoría de la causa, en manos de los jueces, ha sido un fecundísimo instrumento de moralización de los actos jurídicos. Ellos no se limitan a la mera comprobación de la declaración de voluntad, sino que penetran en el significado profundo del acto, aprecian su contenido y juzgan si se ajusta al ideal de justicia, si no choca contra principios de orden moral.

De este tema capital, tratamos en los nros. 608 y ss.

§ 4.— EL OBJETO

36. Concepto

El objeto de los actos jurídicos es la cosa o hecho sobre el cual recae la obligación contraída. En otras palabras, es la prestación adeudada.

Este concepto resulta claro cuando se trata de obligaciones de hacer o no hacer; aquí el objeto es exclusivamente una conducta humana. Pero la idea se vuelve menos nítida en las obligaciones de dar. ¿Cuál es aquí el objeto? ¿La cosa misma prometida o la conducta del que se obliga a entregarla? Para la doctrina tradicional, cosa y objeto se confunden en este supuesto. Pero este punto de vista fue objetado por quienes sostienen que las relaciones jurídicas solo se dan entre personas; que, por tanto, el objeto de tales relaciones solo puede ser una conducta humana: en las obligaciones de dar, el objeto sería la actividad prometida por el deudor. La cosa será cuanto más el objeto del objeto.

Hay en esta doctrina una exageración evidente. Si yo compro una corbata, no puede dudarse que la corbata es el objeto del acto o por lo menos lo integra. Negarlo es negar la evidencia e introducir confusión en los conceptos.

Por nuestra parte, pensamos que la cuestión ha sido esclarecida por HERNÁNDEZ GIL. Dice este autor que el objeto del acto jurídico es la prestación, a cuya caracterización cooperan dos factores. Uno de ellos constante, que es el comportamiento del deudor; otro variable, que puede o no concurrir, las cosas. Cuando la obligación consiste en dar o entregar una cosa, esta, aunque no integre por sí sola el objeto, forma parte de él. En otras palabras, la prestación que siempre es conducta, puede o no estar referida a las cosas. Si va referida a ellas, como en las prestaciones de dar, aquellas se incorporan al objeto. Si no va referida a las cosas, como en las prestaciones de hacer, es solo conducta lo que integra el contenido de la obligación. Eliminar radicalmente las cosas del objeto no es posible; e incluso ha de subrayarse que en las prestaciones de dar, las cosas son jurídicamente más relevantes que el comportamiento desde el punto de vista del objeto, puesto que este no es sino un medio para lograr el resultado requerido.

37. Condiciones que debe reunir

El art. 279 del Cód. Civ. y Com. establece que "el objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea".

De esta disposición se deduce que el objeto debe llenar las siguientes condiciones:

38. a) Debe ser determinado

Puesto que no sería posible constreñir al deudor al pago de una cosa o a la realización de un hecho si no se puede precisar cuál es la cosa o el hecho debido.

A veces, el objeto debe ser determinado en su individualidad; en tal caso la obligación tiene por objeto un cuerpo cierto. En cambio, cuando se trata de cosas fungibles, basta la determinación de la cantidad y calidad. Así, por ejemplo, no se concebiría un contrato de compraventa que versare sobre un inmueble, sin precisar de qué inmueble se trata. En cambio, la venta de cereales, vinos, aceites, etc., se hace especificando el género, la calidad y la cantidad.

39. b) Debe ser posible

En efecto, nadie puede ser obligado a pagar o hacer algo imposible. Pero la imposibilidad que anula la obligación debe ser absoluta. No basta, por consiguiente, con que el objeto resulte imposible para un deudor determinado, ya sea por falta de aptitudes o capacidad personales, o por otras razones circunstanciales. Es necesaria una total imposibilidad, sea física o jurídica. Si una persona que carece de condiciones artísticas se obliga a realizar un retrato o una escultura, no podrá alegar más tarde ineficacia de la obligación por su imposibilidad de cumplir con la tarea para la cual se ha comprometido, puesto que, en términos absolutos, hacer una escultura o un cuadro es perfectamente posible; en tal hipótesis, la obligación deberá resolverse en daños y perjuicios.

40. c) Debe ser lícito

Todo objeto contrario a la ley anula la obligación. Así, por ejemplo, no se puede contratar respecto de cosas que estén fuera del comercio; no se puede hipotecar una cosa mueble, ni prendar una inmueble, etc.

41. d) Finalmente, debe ser conforme a la moral y a las buenas costumbres y respetar la dignidad humana

La importancia de este requisito hace preciso tratarlo por separado.

A.— Contenido moral de los actos jurídicos

42. Concepto de moral y buenas costumbres en su aplicación a la teoría general del acto jurídico

Todo el orden jurídico está dominado por la idea moral, puesto que el derecho no es, en definitiva, otra cosa que un orden justo (v. nros. 6º y ss.). Es natural, por lo tanto, que también los actos jurídicos deban ajustarse a principios éticos. La libertad de las convenciones tiene aquí una limitación: los actos jurídicos deben ser conformes a la moral y a las buenas costumbres de lo contrario, son nulos. No se concebiría, en efecto, que el Estado volcase el peso de su *imperium* en apoyo de una pretensión inmoral y/o contraria a la dignidad humana.

Ahora bien: ¿cuándo debe reputarse que un acto es contrario a las buenas costumbres?

Según una opinión muy generalizada, las buenas costumbres a que la ley se refiere son la moral media de un pueblo en un momento dado.

Este criterio, llamado sociológico, ha motivado agudas y certeras críticas. La moral no es cuestión que deba resolverse por criterios mayoritarios o de masa. El resultado, dice ESMEIN, sería tal vez la consagración de prácticas inmorales toleradas e inclusive favorecidas por la gran mayoría. El juez, añade, no debe seguir a la masa cuando ella manifiestamente se extravía, sino, por el contrario, dirigirla, no haciendo prevalecer concepciones personales aisladas, sino apoyándose en los elementos sanos de la población, guardianes de una tradición ya probada.

En el mismo sentido, dice SIOUFI que según el criterio sociológico la regla moral se encontraría siempre a merced de la voluntad de la mayoría; por lo tanto, en lugar de buscar el carácter moral de un acto en su misma esencia, no se tiene en cuenta más que la frecuencia de su aplicación. Hace notar este autor que no cabe concebir el cristianismo como producto del medio social, ya que este era totalmente hostil a los nuevos principios, al punto de que los que lo propagaron debieron pagarlo con su sangre. La moral cristiana se revela así, no como la expresión de una voluntad común, sino como un sistema coordenado y teórico destinado a imponerse a ella.

Según RIPERT, este criterio sociológico es elástico, impreciso y no conduce a ningún resultado positivo: para él, la medida de la moralidad de un acto está dada por la moral cristiana.

Si se profundiza el análisis de esta divergencia, no es difícil advertir que ambos puntos de vista no difieren sustancialmente en su incidencia práctica, por lo menos en los pueblos de civilización occidental, cuyo espíritu ha sido moldeado por la influencia bimilenaria de la moral cristiana; si bien es preciso reconocer que el criterio sociológico tiene una peligrosa proclividad a un exceso de tolerancia y a que los jueces depongan su papel de guardianes de la conducta moral de los individuos en sociedad. Mantener enérgicamente la antorcha de la moral, cuidar del respeto de las buenas costumbres, es misión sagrada de los jueces. Pero una cosa es el celoso cuidado de la moral y otra el moralismo excesivo. Los jueces no deben actuar tampoco con un criterio excesivamente riguroso; solo cuando el acto choca abiertamente con la moral cristiana, debe declararse su invalidez. De lo contrario se entraría en un terreno resbaladizo y peligroso, pues desgraciadamente la perfección moral no es patrimonio del ser humano. El juez debe apreciar el caso con el criterio de un hombre honorable y prudente.

Si lo que resulta contrario a la moral es un elemento esencial de los actos jurídicos, como la causa o el objeto, el acto es nulo (art. 279 del Cód. Civ. y Com.); pero si lo inmoral es una cláusula accesoria, el juez

puede mantener la validez del acto y declarar sin efecto la cláusula inmoral. Esta última solución es la que ha puesto en práctica nuestra jurisprudencia para reducir los intereses usurarios, para declarar ineficaz el pacto comisorio en las ventas de inmuebles por mensualidades cuando se ha satisfecho una parte substancial del precio, etc.

43. Actos contrarios a la moral

Puesto que la noción de moral es imprecisa, fluida, el legislador en muchos casos ha querido evitar dudas e, inspirado en razones morales, ha establecido la nulidad de ciertos actos. Sin pretender formular una enumeración completa, enunciaremos los principales casos: los que se opongan a la libertad de acciones o de conciencia o a la dignidad humana (arts. 14, 15, 18 y 19, CN y art. 279, Cód. Civ. y Com.); como la obligación de habitar otro lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero, la de mudar o no mudar de religión, la de casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto tiempo, o en cierto lugar, o no casarse, la de vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con determinada persona o divorciarse; los que tengan por objeto el uso deshonesto de la casa alquilada, de lo cual es caso típico la locación para establecer una casa de tolerancia; el préstamo de una cosa para un uso contrario a las buenas costumbres.

En todos estos casos coincide lo ilícito con lo inmoral; pero hay muchos otros en que la jurisprudencia ha anulado ciertos actos, sin que medie disposición legal referida específicamente a ellos, y solo porque chocan contra la moral y buenas costumbres. Casi siempre se ha recurrido a la teoría de la causa, juzgando que si esta es inmoral, la obligación es inválida.

Así, por ejemplo, se han declarado nulos los contratos de trabajo vinculados con las casas de tolerancia, los convenios que implican el pago de un comercio sexual, el pago de la influencia política (llamado venta de humo); el corretaje matrimonial, los intereses usurarios, los contratos en virtud de los cuales una persona se obliga a entregar una parte de su cuerpo, etc.

Sobre este último punto es preciso agregar que las personas mayores de 18 años pueden ceder órganos para trasplantes siempre que la ablación (remoción) no cause un grave perjuicio para la salud del dador y exista perspectivas de salvar la vida o mejorar la salud del receptor (art. 14, ley 24.193), siempre que este último sea pariente consanguíneo o por adopción del dador hasta el cuarto grado, o su cónyuge o una persona que sin ser su cónyuge conviva con él en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años o de dos años si tuvieran un hijo común (art. 15). Esta restricción tiene por objeto evitar el peligro de compra de órganos por terceras personas. De cualquier modo, el consentimiento

prestado por el dador puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, sin que esta retractación genere responsabilidad alguna para quién lo hace (art. 15).

También se presume la voluntad de ceder sus órganos para después de la muerte, de los mayores de 18 años que no hayan dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos para ser implantados en humanos vivos o con fines de estudio o investigación (art. 19 bis); si el fallecido no hubiera dispuesto de sus órganos, pueden hacerlo su cónyuge, su conviviente por más de tres años, sus hijos mayores de 18 años, sus padres, sus hermanos mayores de 18 años, los abuelos, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o los por afinidad hasta el segundo grado (art. 21).

§ 5.— Efecto relativo de los actos jurídicos

A.— El principio

44. Principio y sus limitaciones

Según un viejo principio jurídico, conocido ya en el derecho romano, y consagrado en el art. 503 del Cód. Civil derogado y el cual fue estatuido en el art. 959 del Cód. Civ. y Com. bajo la regulación del efecto vinculante de los contratos: Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley los prevé, los actos jurídicos no obligan sino a las partes y no producen efectos respecto de los terceros ajenos al acto: *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.

El principio parece obvio, puesto que no se ve por qué razón una declaración de voluntad emanada de una persona puede crearle obligaciones a un tercero extraño al acto; ello implicaría una dependencia incompatible con la libertad del hombre. Pero en la práctica, y por razones diversas, esta regla sufre numerosas excepciones, a tal punto que no ha faltado quien se pregunte si realmente puede hablarse de la existencia del principio. La repercusión que los actos jurídicos pueden tener respecto de terceros es de muy variada naturaleza. Veamos algunas hipótesis:

a) Por lo pronto, el principio rige tan solo respecto de los actos bilaterales; por el contrario, los actos unilaterales, normalmente producen efectos directos respecto de terceros. Ejemplo: el testamento hace nacer en favor de los herederos y legatarios un derecho a los bienes del causante. Por ello, en nuestro Cód. Civ. y Com. el principio se refiere únicamente a los contratos.

b) A veces, el objetivo principal del acto es producir efectos respecto de un tercero; el ejemplo típico y más frecuente es el seguro de vida, en el cual se designa siempre un beneficiario que ha de recibir la indemnización en caso de fallecimiento del asegurado.

c) Otras veces, los efectos son indirectos. Así, por ejemplo, si se vende una propiedad alquilada, el inquilino está obligado en adelante a pagar el importe de la locación al nuevo propietario y no a aquel con el cual concluyó el contrato. A su vez, el nuevo propietario, como consecuencia de aquel contrato de locación, está obligado respecto del inquilino como si él mismo lo hubiera celebrado.

d) Finalmente, hay casos en que los contratos tienen sobre los terceros una repercusión primordialmente económica (aunque también jurídica). Tal es la hipótesis de los acreedores quirografarios, que sin duda se ven afectados (beneficiados o perjudicados) por todos los actos de su deudor que importen un ingreso o egreso de bienes, ya que en el primer caso aumenta la garantía de su crédito y por consiguiente sus probabilidades de hacerlo efectivo, y en el segundo disminuye.

Todo ello demuestra que el principio que venimos considerando no tiene carácter absoluto y que con mayor propiedad podría ser enunciado en la siguiente forma: los actos jurídicos bilaterales no producen normalmente efecto respecto de terceros y siempre que la ley no disponga lo contrario.

Queda finalmente por precisar quiénes son las partes y los terceros en un acto jurídico.

B.— Las partes

45. Concepto

Las partes de un acto jurídico son aquellas personas que, ya sea por sí o por intermedio de un representante, se han obligado a cumplir determinadas prestaciones y han adquirido ciertos derechos; se las llama también otorgantes del acto. Es preciso no confundirlas con los signatarios. En efecto, el signatario puede ser el otorgante (y ello ocurre siempre que este actúe directamente y en ejercicio de su propio derecho), pero puede ser también un representante suyo que suscribe el acto sin ser tocado por sus efectos jurídicos. Sobre este punto nos remitimos al nro. 618.

46. Sucesores universales

También se consideran como si fueran parte los sucesores universales que vienen a ocupar el lugar jurídico del causante. Por consiguiente, los efectos de los actos jurídicos se extienden activa y pasivamente a ellos, así el art. 1024 establece: "Los efectos del contrato se extienden, activa y

pasivamente, a los sucesores universales". A su vez, el art. 2280 señala: "Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquel de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor".

Pero esta regla tiene algunas excepciones:

a) Los derechos y obligaciones de una persona no se extienden a sus sucesores universales, cuando así lo dispone la ley;

b) Cuando las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona. Esta solución se impone en virtud de la naturaleza del contrato, es decir obligaciones inherentes a la persona (art. 1024, Cód. Civ. y Com.). Caso típico son los actos concluidos *intuitu personae*, en los que las calidades inherentes a la persona han sido decisivas; tal, por ejemplo, el contrato por el cual se le encarga a un pintor un retrato;

c) Cuando la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, caso típico es de los contratos de locación de servicios (art. 1260: "La muerte del contratista o prestador extingue el contrato, excepto que el comitente acuerde continuarlo con los herederos de aquel"); o el de mandato (art. 1329: "El mandato se extingue: e) por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario"); etc.;

d) Que esté prohibida por una cláusula del contrato. En efecto, aquellas pueden acordar que sus obligaciones recíprocas cesarán con la muerte de una de ellas. No es necesario que esta convención sea expresa, bastando que surja claramente del contrato;

e) Finalmente, los herederos que no aceptan la herencia, no continúan la personalidad del causante y deben considerarse terceros respecto de él. Por tanto, los actos celebrados por aquel no los obligan personalmente (art. 2280, Cód. Civ. y Com.).

Si bien la norma citada del art. 1024 regula los efectos de los contratos específicamente, no debemos perder de vista que el contrato es el acto jurídico por antonomasia, siendo extensible sus previsiones a todos los actos jurídicos.

C.— Los terceros

47. Concepto

Dentro de un concepto amplio, puede decirse que un tercero es toda persona que no es parte en el acto. Esta definición por exclusión permite comprender los distintos casos que a continuación se tratarán: sucesores a título singular, acreedores quirografarios y los terceros propiamente dichos o *penitus extranei*.

48. Sucesores a título particular

Hemos dicho ya que los sucesores a título universal ocupan el lugar del causante, continúan la personalidad del fallecido; es lógico, por consiguiente, que lo sucedan en sus derechos y obligaciones. Cosa muy distinta ocurre con los sucesores a título particular, que son los que suceden a una persona en un determinado derecho: estos son ajenos a los actos que anteriormente pueda haber realizado su antecesor y, por consiguiente, no son tocados por sus efectos. Pero este principio no es absoluto. Ocurre a veces que un tercero ha adquirido sobre una cosa un derecho íntimamente vinculado con ella; la transmisión de la cosa lleva implícita la trasmisión de ese derecho. Así, por ejemplo, el comprador debe respetar el contrato de locación convenido por su antecesor con un tercero; los usufructos, hipotecas, etc., acordados por el anterior propietario tienen pleno efecto contra él.

49. Los acreedores

Los acreedores, sean quirografarios o privilegiados, son en principio, ajenos a los actos celebrados por su deudor, que no producen respecto de ellos ningún efecto jurídico directo. Pero los quirografarios se hallan en una situación especial: como la única garantía de su crédito es el patrimonio del deudor, todos los actos celebrados por este que impliquen un ingreso o un egreso de bienes tienen repercusión indirecta, pero no por ello menos importante, sobre el crédito, que como consecuencia de aquellos tendrá más o menos probabilidad de hacerse efectivo. Como la existencia de una deuda no priva al deudor de la libre administración de sus bienes, el acreedor deberá respetar todos los actos celebrados por él: en otras palabras, esos actos son oponibles a sus acreedores.

Este principio admite dos excepciones:

a) Si el acto ha sido realizado en fraude de sus acreedores, estos pueden, por medio de la acción pauliana, obtener su revocación, dejando así de serles oponible.

b) Si el contrato es simulado el tercero puede, o bien atenerse al acto aparente, o bien impugnarlo y obtener su anulación.

50. Los terceros propiamente dichos

Los terceros propiamente dichos o *penitus extranei* son todos aquellos que no tienen con las personas que han celebrado el acto ninguna relación obligatoria. Con mayor razón que en los casos anteriores, estas personas no pueden normalmente ser tocadas por los efectos de los actos jurídicos en los cuales no han participado. Sin embargo, también en este caso es preciso señalar excepciones, algunas de gran importancia.

a) Los contratos constitutivos de derechos reales producen efectos que se realizan con relación a todos.

b) El matrimonio importa una situación plena de consecuencias jurídicas para terceros, que deben respetar el *status* legal surgido del vínculo.

c) La constitución de una persona jurídica tiene también numerosos efectos respecto de terceros; estos efectos son directos en el caso de las fundaciones, en que los terceros beneficiarios adquieren derechos como consecuencia del acto fundacional.

d) Las convenciones colectivas de trabajo crean derechos y obligaciones acerca de personas ajenas al acto.

e) La estipulación por otro, o contrato en favor de terceros, constituye una hipótesis típica en que una persona totalmente extraña al acto se beneficia con él; ejemplo, el seguro de vida, que siempre tiene un beneficiario ajeno a la convención. El estudio de este tema corresponde al curso de contratos.

51. Acción subrogatoria. Alcance y límites

Se vincula con este problema de los efectos de los actos en relación con terceros, el ejercicio de la acción subrogatoria, cuyo concepto hemos dado en otro lugar (nro. 529). El art. 739 del Cód. Civ. y Com. dispone que los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona.

Se entiende que la ley habla de derechos y acciones patrimoniales, que son los únicos que pueden interesar a los acreedores; los que no tienen contenido económico, escapan a la acción de ellos. También escapan a la acción oblicua los derechos inherentes a la persona del deudor. Se trata de derechos o acciones que, aunque tengan contenido o repercusión patrimonial, están íntimamente vinculados a la persona del deudor y solo él puede ejercerlos. Así ocurre, por ejemplo, con la acción por indignidad interpuesta por uno de los coherederos para excluir a otro de ellos; el ejercicio exitoso de la acción por parte del coheredero deudor aumentará su patrimonio (puesto que recibe la parte que le hubiera correspondido al indigno); por consiguiente, es evidente el interés que su acreedor tendría en ejercerla; pero la ley reputa que solamente los mismos herederos pueden ser jueces de la oportunidad y conveniencia de pedir la exclusión de la herencia de un coheredero por razón de indignidad. Tampoco podrían los acreedores intentar por su deudor la acción de la filiación natural, respecto del padre fallecido, por más que ello pudiera significar el ingreso de importantes bienes al patrimonio del deudor.

§6.— La representación en los actos jurídicos

52. Nociones generales

No siempre los actos jurídicos son llevados a cabo personalmente por el propio interesado; por el contrario, es frecuente que un tercero actúe en su nombre y representación. El representado adquiere los derechos y contrae las obligaciones emergentes del acto exactamente como si el mismo lo hubiera suscrito, en cambio, el representante permanece intocado por los efectos del acto jurídico que ha celebrado. Mientras este actúe dentro de sus facultades legales o convencionales, la contraparte no podrá hacerlo responsable por el incumplimiento posterior de las obligaciones del deudor; pero él tampoco podrá beneficiarse con las ventajas del acto.

A veces, la representación obedece a una verdadera necesidad. Esa necesidad puede ser de orden jurídico, como ocurre con los incapaces de obrar que no pueden actuar por sí, sino que es indispensable que alguien lo haga en representación de ellos. O bien la necesidad puede derivar de circunstancias de hecho; tal sería el caso de una persona que, por razones de enfermedad o de trabajo, no pudiera trasladarse al lugar donde debe realizarse el acto.

Otras veces, la representación responde simplemente a una conveniencia del otorgante. Ejemplos: la representación judicial que evita al mandante las molestias de concurrir diariamente al tribunal para seguir la marcha del pleito; el poder para administrar sus bienes otorgado por quien prefiera gozar de las rentas, sin tomar sobre sí ninguna tarea. Pero, aun en este caso, la representación facilita singularmente el comercio jurídico y desde ese punto de vista es incuestionable que responde a una verdadera necesidad social.

El Cód. Civ. y Com. prevé ahora, expresamente, la representación para la celebración de los actos jurídicos, excepto aquellos casos en los que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho. La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica. En las relaciones de familia la representación se rige, en subsidio, por las disposiciones de este capítulo (art. 358 del Cód. Civ. y Com.).

53. Distintas clases de representación

La representación puede ser legal, voluntaria u orgánica. La primera, tiene su origen en la ley; tal es el caso de los representantes de los incapaces, y los restringidos en su capacidad, cuando el apoyo deba actuar en carácter de representante para los actos jurídicos individualizados. La segunda nace de la voluntad de las partes, tal como es en el mandato y en la gestión de negocios y, finalmente, la representación es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica, con similares efectos a la representación voluntaria.

54. En cuanto a la función desempeñada por el representante

Pueden distinguirse dos hipótesis:

a) Cuando la función del representante se limita a transmitir la voluntad del mandante y a concluir el contrato en su nombre.

b) Cuando el representante aporta al acto determinaciones propias, que son plenamente válidas y obligan al mandante. Cuando una persona recibe poder para vender una propiedad, sin determinación de precio ni comprador, puede aceptar los que a él le parezcan convenientes, y el vendedor queda obligado por aquel acto, aunque él personalmente estuviera en desacuerdo con el precio o el adquirente. Del mismo modo, el poder de administración supone una gran libertad de acción para el representante.

55. Requisitos esenciales de la representación

Para que exista la representación se requiere:

a) Que el representante sea capaz en el caso de la representación legal. En la representación voluntaria se requiere capacidad para el acto por parte del representado, para el representante es suficiente el discernimiento (art. 364 del Cód. Civ. y Com.).

b) Que el representante ostente título suficiente, o sea que la representación le haya sido conferida por la ley o por voluntad del mandante, y haya obrado dentro de sus límites. Los actos celebrados en los límites de las facultades conferidas por la ley o el acto de empoderamiento producen efecto directamente para el representado (art. 359 del Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, en el último caso, y tratándose de representación voluntaria, la falta de poder puede ser cubierta por la posterior ratificación del acto, hecha por el representado.

c) Que el representante obre en nombre del representado. Si, en cambio, aquel lo hace por cuenta de una persona, pero manteniendo oculta esa circunstancia, no hay verdadera representación. Ejemplo de esta última hipótesis es el contrato de comisión.

56. Actos que pueden ser objeto de representación

El principio general es que todos los actos entre vivos se pueden celebrar por representación. En el ámbito patrimonial, la única excepción es el testamento, acto personalísimo típico, que no puede ser hecho por representante, sea legal o voluntario (art. 358 del Cód. Civ. y Com.). En el derecho de familia, en cambio, las excepciones son más numerosas, puesto que ciertos actos inherentes a él se avienen mal con otra forma de otorgamiento que no sea la personal.

57. Representación voluntaria

La representación voluntaria, a diferencia de la legal, tiene un ámbito de aplicación mucho más extenso que aquella. Esto se debe a la circunstancia de que quien otorga el apoderamiento es perfectamente capaz y, por lo tanto, no hay sustitución de voluntad; el representante es un mero vehículo de su manifestación.

A contrario sensu, en la representación legal, la voluntad del representado está viciada por la falta de discernimiento, ya sea por la existencia de algún padecimiento mental o falta de madurez, por lo tanto, esta debe ser sustituida por la de su representante. En este último caso, no es la voluntad del incapaz la que se manifiesta, sino la de su representante legal que la sustituye.

El art. 362 del Cód. Civ. y Com. establece que la representación voluntaria comprende solo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Esta limitación tiene absoluta coherencia con el principio que hemos enunciado previamente, en cuanto a que la voluntad que se manifiesta es la del representado y, por lo tanto, le es exigible tener plena capacidad para realizar el acto en cuestión. El otorgamiento de mandato para realizar un acto para el cual carece de capacidad trae aparejada la sanción de nulidad (art. 365).

58. Forma

La forma requerida para el acto de otorgamiento de la representación se encuentra regulada en el art. 363 del Cód. Civ. y Com. En este caso la validez del apoderamiento estará sujeta al cumplimiento de idénticas formas a las exigidas al acto para el cual se haya otorgado representación. Si el acto que se pretende celebrar, y para el cual se ha otorgado representación, requiere solemnidades en su celebración, bajo estas mismas solemnidades deberá otorgarse el poder. Es decir que, si quisiera otorgarse representación para comprar un inmueble, y siendo requerido para la compra y venta de inmuebles su conformación por escritura pública, deberá otorgarse el poder también mediante un instrumento por acto público.

59. Actuación del representante. Exceso en la representación

Los actos celebrados por el representante dentro de los límites del mandato obligan al representado y a terceros. En el caso de que el representante se excediera de los límites impuestos por el mandato, quedará obligado personalmente, es decir que cuando se excediere en el mandato, otorgando actos no encomendados, responderá a título personal, no quedado obligado el representado por las gestiones realizadas por aquel.

El art. 376 del Cód. Civ. y Com., a su vez, establece las consecuencias del exceso o inexistencia de la representación pero, en este caso, en

relación con la contraparte del acto celebrado. En tal caso, el representante que se ha excedido deberá indemnizar los daños ocasionados al tercero perjudicado por haber confiado en la validez del acto a excepción de que supiera la falta o inexistencia de representación o que el desconocimiento de tal situación se debiera a su propia culpa.

Diferente es el caso previsto en el art. 366, *in fine*, del mismo cuerpo legal, que prevé la obligación personal de representante por haber garantizado de algún modo el resultado del negocio, lo cual de alguna manera sería una especie más dentro del género exceso en la representación.

60. Ratificación. Efectos. Plazo

Prevé el Cód. Civ. y Com., para los casos en que el representante haya actuado excediendo el mandato conferido, la ratificación por parte del representado de dicho actos.

La ratificación del acto celebrado le dará plena validez desde el momento de su celebración, es decir que tendrá efecto retroactivo. No obstante, si entre la celebración y la ratificación, terceros de buena fe han adquirido algún derecho, esta no les será oponible.

En principio, la ratificación del acto no está sujeta a ningún plazo. No obstante, prevé el Cód. Civil y Com. que en caso de que los interesados lo requirieran, el plazo no podrá ser mayor a 15 días, pero este podrá ser prorrogado hasta en un máximo de tres meses si dicha ratificación dependiera de la autoridad administrativa o judicial.

Tampoco está sujeta la ratificación a formalidad alguna, pudiendo ser la manifestación en forma expresa o tácita (acto o comportamiento concluyente) que importe la aprobación de lo realizado.

61. Representación aparente

La representación aparente es aquella en la que el representado, sin haber otorgado poder expresamente, actúa dejando creer al tercero que con quien negocia lo hace en su nombre y representación. La conducta determinante para en el caso de la representación aparente es la del representando el cual, sin haber otorgado expresamente mandato, infiere a través de sus actos que quien negocia con el tercero lo hace en su nombre.

El art. 367 del Cód. Civ. y Com. establece los supuestos que conllevan la presunción de representación:

a) quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de este;

b) los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan;

c) los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.

Estas presunciones de representación son presunciones *iuris tantum*, es decir, admiten prueba en contrario. Tampoco podemos decir que estas enumeraciones signifiquen la exclusión de otros supuestos no señalados, entendemos que estos supuestos son meramente enunciativos.

62. Acto consigo mismo y doble representación

El denominado acto consigo mismo, enunciado en el art. 368 del Cód. Civ. y Com., prevé dos supuestos diferenciados.

En primer término, contempla la prohibición de realizar actos en los que a través de la representación otorgada se realice una autocontratación, señalando que "nadie puede, en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado". Este sería el supuesto en el cual el representante actúa en el negocio jurídico por una parte a nombre propio y por la otra en representación de quien le ha conferido mandato.

No obstante este principio general basado en la protección de los intereses del representado, cede lógicamente en caso de que aquel lo autorice.

Y continúa la previsión normativa señalando que "tampoco puede el representante, sin la conformidad del representado, aplicar fondos o rentas obtenidos en ejercicio de la representación a sus propios negocios, o a los ajenos confiados a su gestión". En una primera parte vuelve a hacer referencia a la autocontratación, cuando señala la aplicación de fondos o rentas obtenidos con su gestión de negocios propios, pero hacia el final del artículo se refiere a otro supuesto que es la doble representación, en el caso de que se aplicara aquellos fondos o rentas a negocios ajenos que le fueren confiados.

Lo que debemos resaltar de la norma es que tanto la autocontratación como la doble presentación están vedadas por la codificación a excepción de que el representante cuente con autorización de su representado.

63. Obligaciones y deberes de las partes

1. *Obligaciones y deberes del representante:* el art. 372 del Cód. Civ. y Com. establece las obligaciones a cargo del representante.

a) Deber de fidelidad, lealtad y reserva;

b) de realización de la gestión encomendada, que exige la legalidad de su prestación, el cumplimiento de las instrucciones del representado y el desarrollo de una conducta según los usos y prácticas del tráfico;

c) de comunicación, que incluye los de información y de consulta;

d) de conservación y de custodia;

e) de prohibición, como regla, de adquirir por compraventa o actos jurídicos análogos los bienes de su representado;

f) de restitución de documentos y demás bienes que le correspondan al representado al concluirse la gestión.

2. *Obligaciones y deberes del representado:* conforme el art. 373 del Cód. Civ. y Com., el representado tiene las siguientes obligaciones y deberes:

a) de prestar los medios necesarios para el cumplimiento de la gestión;

b) de retribuir la gestión, si corresponde;

c) de dejar indemne al representante.

Tanto las obligaciones y deberes del representante, como las del representado, deben ser cumplidas de buena fe conforme la aplicación de este principio general que debe regir en la celebración de los actos jurídicos.

64. Poder de carácter general y facultades expresas

Prevé el Cód. Civ. y Com., el otorgamiento de poder de carácter general. El poder otorgado en esta extensión solo comprenderá los denominados actos de administración de carácter ordinario y aquellos necesarios para su ejecución. Para todos aquellos actos que no revistan este carácter, es decir, aquellos cuya ejecución implica una merma o modificación sustancial en el patrimonio del representado, deberá otorgarse un poder de carácter especial o, como lo denomina la actual codificación, facultades expresas.

El art. 375 del Cód. Civ. y Com. enumera aquellos actos respecto de los cuales deberán otorgarse facultades expresas para ser realizados mediante representación. Esta enumeración, de carácter meramente enunciativo, tiene justificación en relación con aquellos actos que no se refieren a cuestiones patrimoniales (peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio) sino que hace referencia expresa a actos de carácter personalísimo. También contempla actos de administración de carácter complejo, los cuales pese a ser netamente administrativos podrían generar una significativa merma patrimonial (dar o tomar en locación inmuebles por más de tres años, o cobrar alquileres anticipados por más de un año). Por último y pese al principio general, enunciando en la

primera parte del art. 375 del Cód. Civ. y Com., también señala típicos actos de disposición (hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración; renunciar, transar, someter a juicio arbitral derechos u obligaciones); enunciación que resulta innecesaria por estar comprendidos dentro de la prohibición establecida en el principio general.

Son necesarias facultades expresas para: a) peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; b) otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere; c) reconocer hijos, caso en el que debe individualizarse a la persona que se reconoce; d) aceptar herencias; e) constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables; f) crear obligaciones por una declaración unilateral de voluntad; g) reconocer o novar obligaciones anteriores al otorgamiento del poder; h) hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración; i) renunciar, transar, someter a juicio arbitral derechos u obligaciones, sin perjuicio de las reglas aplicables en materia de concursos y quiebras; j) formar uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresaria, sociedades, asociaciones, o fundaciones; k) dar o tomar en locación inmuebles por más de tres años, o cobrar alquileres anticipados por más de un año; l) realizar donaciones, u otras liberalidades, excepto pequeñas gratificaciones habituales; m) dar fianzas, comprometer servicios personales, recibir cosas en depósito si no se trata del necesario, y dar o tomar dinero en préstamo, excepto cuando estos actos correspondan al objeto para el que se otorgó un poder en términos generales.

65. Pluralidad y sustitución de la representación

Admite la codificación como norma la posible sustitución del representante. Este principio general cede en el caso de que la sustitución haya sido prohibida por el representado.

En el caso de que esta no estuviere vedada podemos encontrarnos con dos supuestos.

En primer caso, que el sustituto haya sido designado por el propio representante, en este supuesto será el representante sustituido el responsable por las consecuencias del actuar de aquel si incurrió en culpa en la elección. Debemos destacar que al estar admitida la sustitución, sino no incurrió en culpa en la elección tampoco deberá responder por el mal desempeño del sustituto.

El otro supuesto es cuando el sustituto haya sido designado por el representado y, dado que la elección fue realizada por el propio representado, el representante sustituido no será responsable por la actuación del sustituto.

Distinto es el caso de la pluralidad de representantes. En este caso no hay sustitución sino designación de varios representantes. Dependerá de que su actuación deba ser conjunta, indistinta de las instrucciones que al respecto haya otorgado el representado. Si no ha efectuado ninguna indicación al respecto se entiende que podrán actuar de manera indistinta.

El caso opuesto es el previsto en el art. 379 del Cód. Civ. y Com., en relación con el apoderamiento plural. En el caso antes analizado, el de pluralidad de representantes, se trata de un representado que otorga mandato a varios representantes para que actúen conjunta o indistintamente, dependiendo de sus instrucciones. En el caso del apoderamiento plural es el supuesto inverso. Son varios representados que otorgan mandato a un representante.

En el apoderamiento plural, cualquiera de los representados podrá revocar la designación sin que comprometa a las demás designaciones.

66. Cesación de la representación

La representación se extingue:

a) Por el cumplimiento del o de los actos encomendados en el apoderamiento. Este es el caso típico de extinción del mandato, una vez cumplido su objeto queda extinguido de pleno derecho.

b) Por la muerte del representante o del representado. Resulta ser el principio general que la muerte de alguna de las partes traiga aparejada la extinción de la representación. Sin embargo, el Cód. Civ. y Com. prevé la subsistencia del apoderamiento en caso de muerte del representado siempre que se cumplan los requisitos para la subsistencia del mismo. Por una lado, se exige que se haya conferido representación para actos especialmente determinados y, por otro, la existencia de un interés legítimo, ya sea por parte del representante, de un tercero o común a representante y representado, del representante y un tercero, o del representado y tercero.

c) Por la revocación. El otorgante puede revocar la representación y esto causaría la extinción de la representación. No obstante, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero, común a representante y representado, a representante y un tercero, o a representado y tercero. El mandato irrevocable se extingue llegado el transcurso del plazo fijado. También podrá revocarse si media justa causa.

d) Por la renuncia del representante. La renuncia del representante puede poner fin a la representación, sin embargo, este deberá continuar

en funciones hasta que notifique aquella al representado, quien puede actuar por sí o reemplazarlo, excepto que acredite un impedimento que configure justa causa.

e) Por la declaración de muerte presunta del representante o del representado.

f) Por la declaración de ausencia del representante.

g) Por la quiebra del representante o representado.

h) Por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado. Este supuesto deberá ser analizado en concordancia con el art. 364 del Cód. Civ. y Com., el cual establece que el representado debe tener capacidad para otorgar el acto que requiera representación, en cambio para el representante solo es requerido discernimiento. En consecuencia, la pérdida de capacidad del representado traerá aparejado la extinción del mandato; en cambio, la falta de capacidad del representante no traerá consigo la extinción, solo la pérdida de discernimiento trae aparejada la extinción del poder.

67. Protección de terceros. Oponibilidad

Cualquier circunstancia que pueda afectar a terceros; tales como las modificaciones, la renuncia y la revocación de los poderes; deben ser puestas en conocimiento de estos por medios idóneos. Esta previsión tiende a proteger a los terceros que se puedan ver afectados con los cambios señalados en relación con el poder otorgado y que no hayan sido debidamente informados.

En caso de no haber puesto en su conocimiento de forma fehaciente las modificaciones, renuncia y revocación del poder, no resultan oponibles a los terceros, a menos que se pruebe que estos conocían las modificaciones, la renuncia o la revocación en el momento de celebrar el acto jurídico. Admitir la inoponibilidad frente a terceros, cuando estos, pese a no haber sido informados, tenían pleno conocimiento de aquellas circunstancias; entraría en colisión con el principio de buena fe.

Las demás causas de extinción del poder no son oponibles a los terceros que las hayan ignorado sin su culpa.

También prevé la codificación que los terceros podrán exigir copia suscripta por el representante del instrumento por el cual se les ha conferido el apoderamiento. De esta manera, los terceros no solo están habilitados a exigir la exhibición del poder, sino también a exigir la entrega de una copia firmada por el representante.

§ 7.— Interpretación de los actos jurídicos

A.— ¿Es una cuestión de hecho o de derecho?

68. Importancia del problema

El primer problema que se nos presenta en esta materia se refiere a si la interpretación de los actos jurídicos es una cuestión de hecho o de derecho. La dilucidación de este punto tiene un interés práctico fundamental: si fuera de derecho estaría sujeta al recurso de casación que, por el contrario, no sería procedente si fuera de hecho.

Esta cuestión se vincula con el fundamento mismo de los actos jurídicos. Si, en efecto, se admite que estos se basan en la intención íntima de los contratantes (teoría de la voluntad psicológica), será necesario aceptar que esta cuestión es de hecho, pues todo lo que deben hacer los litigantes ante el juez es probar cuál ha sido su intención. Estrictamente, no existe un problema de interpretación, sino de prueba. Este es el punto de vista clásico, sostenido en general por los grandes jurisconsultos franceses del siglo XIX y más recientemente por CELICE, PONCEAU y otros. Por el contrario, si se considera que la base de los negocios jurídicos es la declaración de la voluntad, lo que importa es interpretar el recto sentido de ella, sin que interese la prueba de lo que los declarantes puedan haber pensado en su fuero íntimo y no han exteriorizado. El más eminente expositor de este punto de vista es el jurista alemán DANZ.

69. Es una cuestión de derecho

Plantear la cuestión en estos términos es, a nuestro juicio, resolverla. Ya hemos aludido a la controversia entre las doctrinas de la voluntad y la declaración y expresado nuestra adhesión a esta (v. nro. 584). Pero es precisamente en materia de interpretación de los actos jurídicos donde la teoría de la voluntad muestra al desnudo toda su debilidad.

Es evidente que la intención, justamente por ser puramente psicológica e interna, es inaccesible a los terceros y no puede ser la base de un negocio jurídico que por ser tal, por ser fuente de derechos y de obligaciones, quizá gravosas, debe tener un fundamento concreto, tangible, serio y seguro, condiciones que no podrán encontrarse en la intención. Ya los canonistas habían advertido sobre la dificultad de penetrar un estado de ánimo y por ello decían: "*Ecclesia non judicat de internis*". El profundo sentido práctico de los jueces ingleses los ha llevado a la misma conclusión, que un juez de la época de Eduardo IV resumía así: "Ni el mismo diablo conoce la intención del hombre".

En conclusión: el juez debe ocuparse de investigar, no lo que el declarante ha querido en su interior porque eso sería imposible, sino lo que su declaración, tomada en su conjunto, autoriza a creer que ha querido.

Bien claro que por declaración de la voluntad no debe entenderse tan solo la expresión verbal o escrita, sino también el proceder, actos o signos que la han acompañado y aun el silencio en ciertos casos: en una palabra, la conducta externa que permite a la otra parte inferir la existencia de una voluntad de obligarse.

No puede admitirse la posibilidad de que las partes pretendan probar una voluntad verdadera distinta de la manifestada. Ello legitimaría la reserva mental, el dolo, la mala fe; daría lugar a una gran incertidumbre en las relaciones contractuales. La seguridad del comercio, la buena fe, la confianza que debe presidir las relaciones humanas, están interesadas en que las palabras y actos que exterioricen una voluntad tengan valor jurídico, y en que no se pueda borrar con el codo lo que se ha escrito con la mano. Es preciso que las personas que necesitan o desean ligarse a otras con vínculos contractuales puedan saber con exactitud cuáles serán sus derechos y cuáles sus obligaciones; y ninguna seguridad puede existir en las relaciones privadas, si la declaración no es la base del negocio jurídico. Por ello, es que la Cámara en lo Comercial de la Capital ha resuelto, con razón, que es inadmisible la pretensión de probar por testigos que se tuvo una intención distinta de la que se pretende por los términos claros del contrato.

Conviene dejar claramente establecido que la teoría de la declaración tal como nosotros la aceptamos, dejando de lado exageraciones que no han tenido mayor trascendencia jurídica, no niega el papel que la voluntad tiene en el origen y formación de los actos jurídicos en general y de los contratos en particular. Pero como la persona a quien va dirigida la declaración de voluntad, la sociedad y el propio juez no tienen otra posibilidad de conocer cuál ha sido esa voluntad sino por su exteriorización, es a través de este prisma de la declaración que la voluntad debe reconstruirse. En otras palabras, la voluntad expresada o declarada es la que sirve de base al negocio jurídico y es ella la que el juez procura investigar. El querer que no se manifiesta no cuenta para el derecho.

70. La interpretación de los actos jurídicos y el recurso de casación

Después de lo dicho en páginas anteriores, resulta claro que la tarea del juez no consiste en verificar cuál ha sido la intención de las partes, sino interpretar el significado de su declaración. No estamos, pues, en presencia de un problema de hecho, cuya existencia deba probarse; lo que hay que resolver y definir son los efectos jurídicos de la declaración. Y esta es, típicamente, una cuestión de derecho. Las mismas palabras lo están indicando, pues desde el momento en que se habla de

interpretación de los actos jurídicos, es porque se alude a una cuestión de derecho; si fuera de hecho, se hablaría de prueba.

Y con ello queda dicho que las cuestiones relativas a la interpretación de los actos jurídicos están sujetas al recurso de casación. Esta es la opinión predominante en la doctrina moderna, aunque algún tribunal de provincia (por ej., la Suprema Corte de Buenos Aires), se haya pronunciado en contra.

Va de suyo que es necesario hacer aquí una distinción bien precisa: la prueba de que tales o cuales palabras se han pronunciado o de que se ha actuado en tal forma, constituyen cuestiones de hecho que solo el tribunal de instancia puede resolver; la Corte de Casación no podría decidir, por ejemplo, que la firma que suscribe un documento es falsa si el juez de los hechos ha resuelto que es auténtica; pero, en cambio, decidir cuál es el significado y, por consiguiente, los efectos jurídicos del acto (que eso quiere decir interpretar), es un problema eminentemente jurídico y sujeto, por tanto, a casación.

Así, todavía, puede extraerse otro argumento más del art. 1197 del Cód. Civil derogado y del art. 959 de Cód. Civ. y Com., en cuanto el primero disponía que: las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma y el segundo que establece: que todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Es decir, que tanto el código derogado como el vigente se han encargado de atribuir a la declaración de voluntad el carácter de una regla jurídica: no es dudoso, pues, que su interpretación es un problema de derecho.

B.— PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

71. Normas generales

Sentado que la interpretación de los actos jurídicos consiste en desentrañar la voluntad de las partes a través del prisma de su declaración, veamos qué principios deben presidir aquella tarea.

72. La buena fe

El principio fundamental en esta materia es que las declaraciones de voluntad deben interpretarse de buena fe. Así lo dispone el Cód. Civ. y Com. en su art. 961 y su antecesor, en el art. 1198 del Cód. Civil, en su última redacción, pero ya antes de la sanción de la ley 17.711 se había adoptado invariablemente este principio.

Aplicado a esta materia, el principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. El juez, puesto a dirimir una

controversia, debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a la declaración de una persona honorable y correcta.

Los jueces ingleses, cuyo agudo sentido práctico ya hemos ponderado, llaman regla de oro de la interpretación (*Lord Wensleydale's golden rule*) a aquella que prescribe interpretar las palabras de acuerdo con su significado gramatical y ordinario, salvo que conduzcan al absurdo o la contradicción, regla que también ha sido aplicada por nuestros jueces. De ahí que haya podido resolverse, con razón, que cuando los términos del contrato son claros no puede admitirse la pretensión de probar por testigos que la intención era distinta.

Por ello, el art. 961 del Cód. Civ. y Com. dispone que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no solo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".

Es claro que si ambas partes han atribuido a la declaración un significado distinto de aquel que comúnmente tiene y se demuestra concluyentemente que ambas han querido obligarse a una cosa distinta de la que normalmente seguiría de su declaración, el juez, por aplicación del mismo principio de la buena fe, debe interpretar el acto conforme a lo que fue la voluntad primitiva de las partes. Porque lo que fundamenta este principio es la necesidad de defender al contratante que interpreta de buena fe una declaración de voluntad, atribuyéndole su significado propio. Pero si se prueba que el recipiente no lo interpretó de acuerdo con ese significado, sino de otra manera en la que coincidió con el declarante, no podría sino hacerse derivar del contrato los efectos que las partes quisieron.

El Cód. Civ. y Com. en el Capítulo 10, del Título II del Libro Tercero establece las reglas de interpretación aplicables en materia de contratos. De este principio fundamental y rector de la buena fe, se desprenden en gran parte las reglas interpretativas que enumera el citado cuerpo legal en los arts. 1061 a 1068.

73. a) Intención común de las partes

Como señaláramos, la buena fe es el principio rector para la celebración, ejecución, como también para la interpretación de los actos jurídicos. Es por eso que el art. 1061 establece que el contrato debe ser interpretado conforme la intención común de las partes y el principio de la buena fe, y es tarea del juez analizar lo que las partes de común acuerdo han expresado, evitando interpretar aisladamente o con carácter puramente individual, la voluntad manifestada.

74. b) Interpretación restrictiva

La regla de interpretación amplia, a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, reconoce una excepción: cuando es impuesta por convención de partes o imposición legal. En efecto, el art. 1062 del Cód. Civ. y Com. establece que "cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad".

La regla general es la interpretación amplia, es decir, no está ceñida a los términos exactos de la letra fría del contrato.

Asimismo, se excluye de la interpretación literal o restrictiva de las palabras cuando se trate de contratos de adhesión o cláusulas predispuestas para interpretar las obligaciones a cargo del predisponente o el proveedor.

75. c) Significado de las palabras

El art. 1063 prevé las reglas de interpretación para el significado de las palabras afirmando que "las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato. Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta". El juez no debe ceñirse estricta y ciegamente al significado técnico-jurídico de las palabras usadas, o de la conducta de las partes. Muchas veces se emplean impropiamente ciertos términos por ignorancia, a veces común, de su significado jurídico. Si no obstante ello, la voluntad de las partes resulta clara, debe hacérsela prevalecer. Es en este sentido que puede aceptarse el criterio de Danz, según el cual las declaraciones de voluntad deben interpretarse con criterio de profano, vale decir, como lo haría una persona razonable que no sabe de leyes, pero sí de la vida, y conoce la manera usual de obrar de la gente en cierto círculo, o cierto lugar. Los términos de un instrumento, sostiene Beal, deben ser interpretados en su sentido llano, ordinario, popular.

76. d) Los usos y costumbres

Los usos y costumbres sociales tienen una importancia fundamental en la interpretación de la declaración de voluntad, precisamente porque al emitir una declaración de voluntad se entiende darle el significado que, normalmente, usualmente tiene, aunque los interesados pretendan que lo han entendido de otro modo.

El art. 1º de nuestro Cód. Civ. y Com. señala al respecto que "los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que

no sean contrarios a derecho". Este rol protagónico asignado a los usos, prácticas y costumbres como fuente de derecho no debe soslayarse en materia de interpretación, y debe ser tenido en cuenta al momento de interpretar la voluntad exteriorizada por los contratantes. La norma transcripta otorga, como puede apreciarse, vital trascendencia a los usos y costumbre para interpretar las palabras utilizadas en la celebración de los actos.

Coincidentemente con lo que sostenemos, un tribunal de Nueva York resolvió que un contrato celebrado en Alemania, por alemanes, debe interpretarse en Estados Unidos de acuerdo con el derecho germánico y el significado de las palabras de este idioma.

77. e) Interpretación contextual

Establece el art. 1064: "Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto. Las cláusulas de una declaración de voluntad no deben interpretarse aisladamente, sino de acuerdo con su contexto general". Esta es una de las reglas, contenida expresamente en el título preliminar del Cód. Civ. y Com., que es de aplicación reiterada en nuestros tribunales. Nadie puede prevalerse de una palabra aislada de un acto jurídico para atribuirle efectos que evidentemente no condicen con el tenor general de la declaración, ni con la voluntad inequívocamente manifestada en ella. En similar sentido se pronuncia el art. 1363 del Cód. Civil italiano.

Si existe contradicción entre las cláusulas impresas y las manuscritas, debe estarse a estas, puesto que son obra personal de las partes y debe presumirse que son ellas las que expresan su verdadera voluntad.

78. f) Términos ambiguos

La buena fe en los negocios jurídicos impone la obligación de hablar claro. Es así que se ha resuelto que en los contratos de adhesión "Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente" conforme lo prescribe la regla del art. 987, respecto de las reglas de interpretación de los contratos de adhesión o clausulas predispuestas. Esta regla es particularmente justa en el caso de los contratos de adhesión. Ya en el derecho romano se había sentado que el autor de una declaración no debe aprovecharse de una oscuridad que le es imputable (Digesto, XVIII, I, 33).

Más en extenso lo veremos en el nro. 649, en relación con los contratos de adhesión.

79. Fuentes de interpretación

El art. 1065 establece y enumera las fuentes de interpretación a las que debe acudirse cuando el significado de las palabras, interpretado contextualmente, no es suficiente para desentrañar la voluntad declarada por las partes. Y señala que deben tenerse en cuenta para eso:

a) Las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares:

Las circunstancias de hecho que forman "el clima" en que se emitió la declaración de voluntad tienen una importancia decisiva en su interpretación. Las mismas palabras, idéntica conducta, tienen un significado totalmente distinto si las circunstancias difieren. Supongamos que una persona se acerca a otra que acaba de llegar de viaje a una estación y, sin decirle una palabra, le toma la valija y se la lleva hasta su automóvil. Este proceder, realizado por un changador, implica un contrato de transporte, con la consiguiente obligación del pasajero de pagar el precio usual. Si, en cambio, se tratara de un amigo que ha ido a la estación a recibirlo, no existe tal contrato ni tiene derecho a exigir retribución alguna.

Las circunstancias del caso son las que permiten valorar el sentido y el significado de las palabras; de ellas se puede inferir si una promesa ha sido hecha seriamente, con la voluntad de obligarse, o si, por el contrario, tal voluntad no ha existido, como en el caso de que se la haya formulado con un evidente espíritu de broma (*animus iocandi*), en estado de ebriedad o por exigencia del libreto en una representación teatral.

b) La conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración:

Una abundante jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido que la conducta posterior de las partes es un elemento de vital importancia para interpretar la voluntad de estas al momento de celebrar el contrato. Y este es el criterio que ha receptado como regla el nuevo Código en su art. 1065 al establecer que "cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se debe tomar en consideración la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración".

En efecto, cuando las mismas partes con su conducta posterior han revelado inequívocamente cuál es el resultado y el alcance del contrato, no podrán luego ampararse en una cláusula de interpretación dudosa para desviarse de lo que ellas mismas han demostrado querer.

c) La naturaleza y finalidad del contrato:

Todo acto jurídico se realiza con un fin práctico; en las controversias llevadas ante los tribunales, ese fin es casi siempre de orden económico. El juez debe tenerlo siempre presente e interpretar las cláusulas del contrato en la manera que mejor permita el cumplimiento de ese fin.

Es, asimismo, importante considerar la naturaleza jurídica del contrato celebrado. En algunos casos dudosos ella permite decidir el sentido de la interpretación y, por consiguiente, los efectos jurídicos del acto.

80. Principio de conservación

La regla del art. 1066 señala que "si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato".

Es necesario también tener presente que si una cláusula se presta a dos interpretaciones, de las cuales una significa la nulidad del acto y otra su validez, es menester preferir esta última y consecuentemente hacerle producir efectos.

81. Protección de la confianza

Prevé el art. 1067 la aplicación de la teoría de los actos propios a la interpretación de los contratos, la cual no es más que una derivación de principio de buena fe, fundamento rector del orden jurídico que no podía obviarse en materia de interpretación. Así señala que "la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto". En este aspecto nos remitimos a lo expresado en el nro. 80 al abordar en las fuentes del derecho, al principio de la buena fe-creencia.

82. El principio del *favor debitoris*

Es otra regla de interpretación que ya era reconocida dentro de nuestro derecho comercial en el art. 218, inc. 7º, del derogado Cód. Com., que establecía que en los casos dudosos, que no pueden resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea, en el sentido de su liberación, criterio este que ha sido receptado en el título preliminar y en los arts. 1061 y ss. del Cód. Civ. y Com.; en especial el art. 1068 refiere al principio del *favor debitoris* cuando prevé: "si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes".

Es evidente que la aplicación de este principio solo resulta justa y posible en los contratos gratuitos, pero no en los onerosos. En estos últimos la regla aplicable es la de la proporcionalidad de las prestaciones entre sí, ya que no debemos olvidar que en estos contratos la obligación que resulta de una cláusula es siempre la consecuencia de una contraprestación. En relación con estos, dicho artículo prevé: "para el

caso de expresiones oscuras la interpretación más favorable al deudor, estableciendo que cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas". Es decir que lo que debe presidir en la decisión del juez es la equidad y la equivalencia de las obligaciones recíprocas. Solo en caso de persistir oscuridad debemos recurrir al principio del *favor debitoris* y, solo en este caso, interpretar de la manera más favorable al deudor.

Este mismo criterio es el que prevalece en el Cód. Civil español en cuanto dispone que "cuando absolutamente fuera imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses" (art. 1289). Lo mismo establecen el Cód. Civil italiano, en su art. 1371, y el de México, art. 1857.

Actualmente predomina en nuestro derecho decididamente el criterio de que el principio del *favor debitoris* debe entenderse en el sentido de que, en caso de duda, las cláusulas deben interpretarse en favor de la parte más débil del contrato. Sería, en efecto, injustísimo que, por ejemplo, el contrato de seguros se interpretara en favor de la compañía aseguradora, que es la deudora de la indemnización, pero que, sin duda, ha sido la parte fuerte del contrato, y en aquellos contratos en donde las partes se encuentran en un pie de igualdad deberá interpretarse de manera de asegurar la equidad de las prestaciones recíprocas. Este criterio ha quedado plenamente plasmado en las relaciones de consumo a favor del consumidor, tal como lo veremos más adelante (nro. 650).

83. Contrato de adhesión o con cláusulas predispuestas

Se llaman contratos de adhesión o con cláusulas predispuestas, aquellos en los cuales una de las partes fija todas las condiciones del contrato (que generalmente están impresas) y a la otra parte no le queda otra alternativa que aceptar *in totum* lo que se le propone, o no contratar. Es lo que ocurre en los contratos de seguros, de transporte, ventas de automóviles 0 km, telefonía celular, servicios de tv por cable, etc.

El Cód. Civ. y Com. define en su art. 984 al contrato de adhesión como "aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

Dada la particularidad de estos contratos, el código establece una regla que debe seguir el sentenciante para interpretar las cláusulas sometidas a su juzgamiento: "Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente" (art. 987).

En análogo sentido el Cód. Civil Español establece en su art. 1288 que "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad", solo que en el caso español la regla está contemplada para los contratos en general.

A su vez, el Cód. Civil italiano establece que en los contratos de cláusulas predispuestas por una de las partes, en caso de duda, se interpretará a favor de la contraria (art. 1370).

En relación con la interpretación literal a la que hiciéramos referencia en el nro. 640, tal como lo señaláramos, el art. 1062 establece que cuando se hubiere pactado la interpretación literal de los términos debe estarse a ella. No obstante este principio general enunciado, el art. 1062 *in fine* exceptúa de la regla las contrataciones por cláusulas predispuestas, agregando que "este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente".

Como se advierte, la regla del artículo citado solo admite la interpretación literal cuando ella devenga impuesta por convención de partes o imposición legal.

84. Contratos de consumo

Al igual que en los contratos de adhesión, el Cód. Civ. y Com. prevé reglas específicas para los contratos de consumo.

El contrato o relación de consumo se encuentra definido en los arts. 1092 y 1093 respectivamente, señalando en primer término como relación de consumo al "vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor".

Este vínculo jurídico puede devenir tanto de un contrato, como de la propia ley, entendiendo por ello que toda relación de consumo no implica la celebración de un contrato.

Pero tanto sea proveniente de una u otra fuente, este vínculo jurídico goza de una protección y regulación específica, tendiente a equilibrar la dispar situación en la que se encuentran los sujetos de esta relación. Ejemplos de esta función tuitiva son la existencia de presunciones e imperativos legales, la imposición de cargas a los proveedores y la restricción de la capacidad de los consumidores para aceptas ciertos actos (por ej. la imposibilidad de aceptar y otorgarle validez a cláusulas abusivas).

Por su parte, el art 1093 del Cód. Civ. y Com. define contrato de consumo a aquel "celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o

servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social".

Dada la particular relación de desigualdad entre los sujetos de este contrato o relación de consumo y la finalidad tuitiva del derecho de consumo, la codificación civil y comercial establece normas de carácter específico que impondrán las reglas interpretativas en caso de divergencia sobre el alcance de las cláusulas inherentes al contrato de consumo.

En tal sentido, el art. 1095 establece el criterio de interpretación más favorable para el consumidor, señalando que "el contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa".

Y continúa en el art. 1094 señalando que "las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

Recordemos que también a ellos se aplica la regla del art. 1062 del Cód. Civ. y Com. que no admite la interpretación literal en ningún caso para las obligaciones a cargo del proveedor.

85. Testamentos

Los principios que hemos examinado en los párrafos precedentes son aplicables a todos los actos jurídicos. Pero el testamento, por su carácter particularísimo, no solo tiene algunas reglas que le son propias, sino que los aludidos principios pueden tener, en su caso, un significado peculiar.

La buena fe, ese primer y gran principio rector de la interpretación de los actos jurídicos, tiene, en este caso, un sentido distinto. En los contratos, buena fe significa lealtad, confianza en la palabra empeñada, seguridad de los negocios; implica el deber de hablar claro y de evitar toda reticencia o astucia que pueda inducir a confusión o error a la otra parte; ella exige que las palabras empleadas sean interpretadas en su significado normal, como las interpretaría una persona razonable y correcta. En esta cuestión juega un interés general e, incluso, la seguridad social.

Pero en el caso del testamento no ocurre nada de eso. La declaración de voluntad del causante no está destinada al comercio jurídico, no existe conflicto de intereses. No cabe aquí hablar del deber de lealtad en el declarante, que es autor de una liberalidad. Toda la preocupación del juez debe ser desentrañar la voluntad del testador, sin preocuparse de las esperanzas que tal o cual expresión dudosa pueda haber hecho nacer en el eventual destinatario. Sin duda, todavía puede hablarse aquí de buena

fe, pero cuando se dice que un testamento debe interpretarse conforme con ella, no se quiere significar sino que el intérprete debe procurar extraer honestamente la verdadera voluntad del causante a través del documento, sin valerse de una palabra o expresión equívoca para desvirtuarla.

El Cód. Civ. y Com. establece claramente en su art. 2470 las reglas de interpretación en materia testamentaria: "Las disposiciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante según el contexto total del acto. Las palabras empleadas deben ser entendidas en el sentido corriente, excepto que surja claro que el testador quiso darles un sentido técnico. Se aplican, en cuanto sean compatibles, las demás reglas de interpretación de los contratos".

Mientras que en los contratos la principal preocupación del juez debe ser cuidar la lealtad en los negocios, la seguridad en las transacciones, en los testamentos debe ser hacer cumplir fielmente la voluntad del declarante.

En el mismo sentido, el Cód. Civil español en su art. 675 regula la interpretación de las disposiciones de última voluntad, estableciendo como regla general la interpretación literal, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador y en caso de duda "se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento".

CAPÍTULO XII - FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

§ 1.— El formalismo en el derecho

1. Evolución histórica del formalismo

Los pueblos primitivos se singularizaron por un formalismo severo y rígido. Esto fue también característico del derecho romano. Los actos estaban ligados inseparablemente a sus formas; la menor desviación en el cumplimiento de las prescripciones legales traía aparejada la nulidad del acto, aun cuando el consentimiento de los otorgantes estuviera probado inequívocamente. La forma no era un simple medio de prueba, sino que integraba el acto mismo como elemento esencial. En un pueblo de cultura media poco desarrollada, el formalismo, además de su sentido simbólico, se proponía impresionar fuertemente el recuerdo de los testigos, que después habrían de servir de prueba de la realización del acto y del cumplimiento de las formas.

Diversos factores influyeron para que, con el devenir de los siglos, el formalismo fuera perdiendo aquella rigidez sofocante. Por de pronto, la Iglesia Católica luchó tenazmente contra aquel sistema; la buena fe impone el cumplimiento de la palabra empeñada y no eludir las consecuencias de los propios actos, so pretexto de la omisión de tal o cual detalle legal; media en esto un problema de orden moral. En segundo lugar, cuando el tráfico comercial se hizo más activo, resultó indispensable aligerar las transacciones de los obstáculos formales que pesaban sobre ellas. Finalmente, el aumento de la cultura general trajo la difusión de la escritura como medio de prueba, lo que hizo innecesarias las formalidades que tendían a impresionar el ánimo de los testigos. El viejo formalismo se ha batido en retirada y actualmente impera, como regla general, el principio de la libertad de las formas en los actos jurídicos, para todos aquellos casos en que el legislador no haya dispuesto, por razones especiales, el cumplimiento de ciertas solemnidades.

En el derecho moderno se ha advertido un renacimiento del formalismo. Las nuevas leyes exigen con frecuencia la observancia de determinadas formas. Las relaciones jurídicas se han hecho tan múltiples y complejas que se siente la necesidad de ponerles un orden y de evitar los inconvenientes de la imprecisión y la ligereza. De lo contrario, los hombres de buena fe naufragarían ante los ardides de los contratantes inescrupulosos. Además, el intervencionismo estatal, cada vez más acentuado, exige que las convenciones particulares tengan una exteriorización sin la cual el contralor oficial sería imposible.

Pero este nuevo formalismo es distinto del antiguo. Las formas se imponen, sobre todo, con miras a la prueba del acto y a su publicidad; pero la omisión no afecta, en principio, al acto en sí. Nada hay de la rigidez del viejo derecho.

2. Ventajas e inconvenientes de las formas en el derecho moderno

En el derecho moderno, las formalidades tienen importantes ventajas: a) facilitan, cuando no aseguran, la prueba del acto; b) protegen contra la ligereza y la impremeditación, sobre todo en ciertos actos trascendentales, como, por ejemplo, el matrimonio, el testamento; c) dan fijeza a la conclusión del negocio y permiten distinguirlo de los actos preparatorios; d) las formalidades que tienden a la publicidad del acto y, particularmente, los registros tienen como resultado la protección de los derechos de terceros; e) desde el punto de vista fiscal, facilitan la percepción de ciertos impuestos, pues el oficial público que interviene en la celebración actúa como agente de retención; f) aumenta la capacidad

circulatoria de ciertos derechos de crédito, como en el caso de los títulos al portador.

Pero al lado de estas ventajas, tienen sus inconvenientes: a) las formalidades hacen menos rápidas y ágiles las transacciones; b) suelen ser peligrosas, porque la omisión de ellas puede significar la invalidez del acto; c) con frecuencia son incómodas y, lo que es peor, caras.

Ventajas e inconvenientes deben ser sopesados cuidadosamente por el legislador para elegir, en cada caso, la solución que mejor contemple los intereses generales e individuales en juego.

3. Clasificación de los actos en cuanto a sus formas

Los actos jurídicos pueden ser formales o no formales; los primeros son aquellos para los que la ley exige determinada forma, sin la cual carecen de valor legal; los segundos, en cambio, no requieren ninguna solemnidad; basta con que se pruebe el consentimiento para que tengan plena validez.

El art. 284 del Cód. Civ. y Com. establece que "si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley". El principio es, pues, el de la libertad de las formas: solo cuando la ley expresamente exija una determinada solemnidad el acto debe considerarse formal.

A su vez, los actos formales se clasifican en solemnes y no solemnes. En el primer caso, la forma es exigida como requisito inexcusable de la validez del acto (*ad solemnitatem*); el incumplimiento de ella trae aparejada la nulidad del negocio jurídico, aunque se pruebe de manera inequívoca la expresión de voluntad. En el segundo, en cambio, la forma es exigida solo como un medio de prueba (*ad probationem*) y como protección de los derechos de terceros; de tal modo que si la efectiva realización del acto se llega "a acreditar por otros medios, el interesado puede obligar a la contraparte a cumplir con las formalidades que la ley impone".

Tal es, por ejemplo, el caso de la compraventa de inmuebles; la ley exige que sea hecha en escritura pública (art. 1017, Cód. Civ. y Com.), pero en la práctica de los negocios, las operaciones se cierran por medio de un instrumento privado, el boleto de compraventa. Este boleto no da derecho al comprador a exigir la entrega del inmueble, pero sí a reclamar del vendedor el otorgamiento de la escritura (art. 1018, Cód. Civ. y Com.), cumplido lo cual estará en condiciones de entrar en posesión del bien. En cambio, si una persona se compromete por escrito a casarse, ese acto es de ningún valor y no puede ser obligada a contraer matrimonio; en este

caso, las formas son solemnes: si no se cumple con ellas, el acto no tiene ningún efecto.

4. El instrumento como concepto autónomo

Es necesario distinguir cuidadosamente la declaración de voluntad en sí misma, del instrumento en que ese acto está documentado. El instrumento puede ser perfectamente válido (lo es siempre que se hayan cumplido los requisitos formales) y sin embargo ser anulable el convenio (por ej., si hubo dolo, violencia o simulación). A la inversa, puede ser nulo el instrumento y, sin embargo, ser válido y exigible el acuerdo siempre que se lo pueda probar por otros medios. Así, por ejemplo, si no se ha cumplido con la exigencia del doble ejemplar, los interesados pueden, no obstante eso, probar la efectividad del acuerdo de voluntades de otra manera.

Como se ve, el instrumento tiene un valor autónomo respecto del acto que documenta.

§ 2.— INSTRUMENTOS PRIVADOS

A.— REQUISITOS FORMALES

5. El principio de la libertad de las formas y sus limitaciones

Llámanse instrumentos privados aquellos que las partes otorgan sin intervención de oficial público. Respecto de ellos, impera el principio de la libertad de las formas, puesto que el art. 284 del Cód. Civ. y Com. tal como hemos señalado, establece que si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Por tal razón las partes pueden escribirlos de su puño y letra, o puede hacerlo un tercero; es indiferente que sean hechos a tinta o a lápiz, o que estén mecanografiados o impresos; pueden ser redactados en idioma nacional o extranjero; llevar o no fecha.

El principio de la libertad de formas tiene hoy en día una sola limitación: la firma. El doble ejemplar ya no es más requerido tal como sucedía en el Código de VÉLEZ.

Por excepción, la ley exige algunas formalidades en ciertos instrumentos privados. Tal es el caso del testamento ológrafo, que debe ser escrito, fechado y firmado por el testador; sin cuyos requisitos carece de validez (art. 2477, Cód. Civ. y Com.).

6. La firma

La firma de las partes es una condición esencial para la existencia y validez de un instrumento privado. Es la prueba de la autoría de la declaración de la voluntad (art. 288, Cód. Civ. y Com.).

Solo desde el momento en que la firma está estampada debe considerarse que el otorgante ha tenido intención de hacer suya la declaración contenida en el instrumento. Debe ir al pie del documento; tal es la costumbre impuesta como medio de evitar fraudes que de otro modo sería fácil consumar.

Normalmente, la firma es la manera habitual con que una persona escribe su nombre y apellido con el objeto de asumir las responsabilidades inherentes al documento que suscribe. Sin embargo, el carácter maquinal, la frecuencia de su uso, el deseo del firmante de definir su personalidad o evitar falsificaciones, hacen que, con frecuencia, la escritura degenere en rasgos en los cuales se hace muy difícil encontrar semejanza con las letras que componen el verdadero nombre.

Basta, sin embargo, el carácter de habitualidad, para que la firma sea plenamente válida (art. 288). Más aún: en los actos entre vivos, de carácter bilateral, la firma es válida aunque no haya sido estampada en la forma habitual, si de las circunstancias del acto resulta evidente que fue puesta al pie del documento en la inteligencia de hacer suya la declaración de voluntad; de lo contrario, los contratantes de buena fe estarían expuestos a las argucias y artimañas de los deshonestos. No ocurre lo propio con los actos de última voluntad, puesto que, en este caso, el hecho de que el documento esté suscripto de una manera no habitual parece indicar que no se trata de una voluntad definitiva, sino más bien de un simple proyecto; el testamento debe reputarse inválido (art. 2476, Cód. Civ. y Com.).

El art. 1012, *in fine*, del Cód. Civ. establecía que la firma no podía ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos. Esta disposición tendía principalmente a proteger a los que no sabían leer ni escribir, que podrían suscribir el documento con un signo, sin conocer el contenido. Pero cuando se trata de alfabetos, el problema es más difícil, sobre todo si esos signos constituyen la forma habitual de firmar. La Cámara Comercial de la Capital declaró válido un documento suscripto con iniciales, pues esta era la manera usual de signar del excepcionante. Se trataba de cuestiones de hecho que el juez debió resolver teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el principio de la buena fe.

El Cód. Civ. y Com. justamente previendo estos casos estableció que si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento (art. 313).

Asimismo los instrumentos que se producen utilizando medios electrónicos pueden también ser suscriptos para su validez a través de la utilización de la firma digital, firma digital que debe asegurar

indudablemente su autoría e integridad del documento (art. 288 *in fine* del Cód. Civ. y Com.).

7. Firma a ruego

Encontrándose vigente tanto el Cód. Civil, como el Comercial, se discutía si los instrumentos privados firmados a ruego que eran plenamente válidos en materia comercial (art. 208, inc. 3º, Cód. Com. derogado) lo eran también en materia civil. La opinión predominante fue que no eran válidos por cuanto el Cód. Civil exigía como condición esencial para la existencia de un instrumento privado, la firma de las partes (art. 1012) y, por consiguiente, un instrumento firmado a ruego era inoperante.

No obstante, el sólido fundamento legal de esta tesis, entendimos que no debía exagerarse su alcance. Si bien el instrumento firmado a ruego no puede tener el mismo valor del que han suscripto las partes, es necesario reconocerle el carácter de principio de prueba por escrito, la que, corroborada por otras pruebas, puede llevar al ánimo del juez la convicción de que el acto se celebró efectivamente y que las cláusulas contenidas en el documento fueron realmente queridas por la persona que rogó a otro la firmara en su nombre. Esta solución, que es perfectamente legítima y que en nada se oponía al art. 1012, del Código vigente a la época, contemplaba una costumbre muy divulgada en nuestro país, sobre todo en el campo, en donde las personas analfabetas suelen otorgar recibos con la impresión digital o bien rogando a un tercero que firme en su nombre. Según SALVAT, los analfabetos no tienen en tal caso otro recurso que el instrumento público; pero ello importa cerrar los ojos a una realidad y a una impostergable necesidad práctica, pues en los hechos resulta imposible el otorgamiento de una escritura pública cada vez que se quiere documentar un recibo de poco monto.

En definitiva, lo que el juez debía tener en cuenta era la importancia del contrato o documento, las otras probanzas que se aportaren y demás circunstancias del caso y decidir, según ellas, el valor probatorio del documento firmado a ruego.

Estas cuestiones han sido, aparentemente, definitivamente zanjadas con el nuevo art. 313 que suplanta la firma de quien no sabe o no puede firmar con la constancia de la impresión digital o la firma de dos testigos. Por nuestra parte entendemos que la impresión digital, por sí sola, de quien no sabe firmar no es suficiente, en estos casos debería requerirse además la presencia de los dos testigos, tal como en el punto siguiente expondremos.

8. Impresión digital

Según ya lo hemos dicho, es también muy generalizada la práctica de que los analfabetos pongan al pie de sus documentos la impresión digital. Se

plantea aquí un problema similar al que hemos tratado con motivo de la firma a ruego.

La jurisprudencia es contradictoria. Los tribunales de la capital y algunos del interior se inclinan a reconocer validez a los documentos a cuyo pie se ha puesto la impresión digital. Otros tribunales, en cambio, han declarado que la impresión digital no puede sustituir a la firma.

Por nuestra parte, pensamos que la equiparación completa de la impresión digital con la firma es inadmisible; es verdad que aquella es un medio de identificación superior a esta (ya que la firma puede falsificarse, lo que no es posible hacer con la impresión digital); pero la firma supone en quien la estampa la posibilidad de leer por sí el documento y de enterarse de su contenido; en cambio, el analfabeto que pone su impresión digital puede ser fácilmente engañado por la contraparte acerca del contenido del instrumento. Ello sin contar con el peligro de que la otra parte se aproveche de un estado de inconsciencia o que la impresión se haya estampado *post mortem*. Entendemos que ha sido un error reconocerle a la impresión digital los mismos efectos, que la firma tal como se desprende del art. 313 del Cód. Civ. y Com. Como en el supuesto de la firma a ruego, pensamos que también en esta hipótesis el instrumento solo debe tener el valor de principio de prueba por escrito y que el juez debe apreciar las circunstancias de cada caso para decidir acerca de su valor probatorio.

Es claro que si la persona que ha estampado su impresión digital sabe leer y no ha firmado por un impedimento circunstancial y además lo firman dos testigos que han presenciado el acto, el documento es plenamente válido, como si hubiera puesto la firma, porque es evidente que ha entendido hacerse responsable de la declaración de voluntad y porque no hay riesgo de que pueda haber sido engañado respecto de las cláusulas contenidas en el instrumento. Así se resolvió, con todo acierto, en el caso de una persona que no había podido firmar por haber sufrido un accidente en su mano derecha.

9. Formalidad del doble ejemplar

El Código de VÉLEZ exigía que los actos, que contuvieran convenciones perfectamente bilaterales debían ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto.

Esta exigencia formal, tomada del derecho francés, se originaba en la preocupación de poner a las partes en igualdad de condiciones respecto de la prueba del acto; de lo contrario, entendían que la que retiene en su poder el documento único está en situación de superioridad respecto de la otra.

Prueba de que no tenía mucha solidez el argumento era, por ejemplo, que era innecesario el doble ejemplar en casos tales como: a) si una de las partes, antes de la redacción del instrumento, llenase totalmente sus obligaciones; en tal caso, bastaba un solo ejemplar en poder de la parte que cumplió con sus obligaciones (art. 1022, Cód. Civil); b) si después de la redacción del ejemplar único, las partes habían cumplido total o parcialmente con las obligaciones a su cargo; pero si la convención no hubiese sido ejecutada sino por una de ellas, sin que la otra hubiese concurrido o participado en la ejecución, el vicio del acto subsistía respecto de esta parte (art. 1024, Cód. Civil); c) si el ejemplar único había sido depositado por ambas partes, de común acuerdo, en manos de un escribano o de otra persona, encargándola de su conservación; pero si el depósito hubiere sido hecho por una sola, la irregularidad no quedaba cubierta sino respecto de ella (art. 1025).

Como puede apreciarse, la aplicación práctica de la exigencia del doble ejemplar quedaba, así, bastante limitada por lo que la ley solo ha hecho dar claridad al tema y terminar con una exigencia que no tiene mayor sentido.

B.— Fuerza probatoria

10. Reconocimiento de la firma

A diferencia de los instrumentos públicos, que gozan de una presunción de autenticidad (v. nro. 672), los privados no la tienen; carecen, por tanto, de todo valor probatorio mientras la firma que los suscribe no haya sido reconocida por el interesado o declarada debidamente reconocida por juez competente (art. 314, Cód. Civ. y Com.).

11. Efectos del reconocimiento de la firma entre las partes

El reconocimiento de la firma lleva como consecuencia que todo el cuerpo del documento quede reconocido (art. 314, Cód. Civ. y Com.); a partir de ese momento el instrumento privado tiene el mismo valor probatorio del instrumento público entre las partes y sus sucesores universales (art. 319, Cód. Civ. y Com.).

12. Efectos del reconocimiento respecto de terceros: la fecha cierta

Los instrumentos privados debidamente reconocidos tienen, respecto de terceros y de los sucesores a título singular, la misma fuerza probatoria que los instrumentos públicos, pero solamente después de haber adquirido fecha cierta (art. 317, Cód. Civ. y Com.).

El propósito de esta exigencia es evitar que las partes se pongan de acuerdo para fraguar un documento antedatándolo, con el objeto de burlar

los derechos de terceros. Por ello, solo en caso de que el instrumento haya adquirido fecha cierta, puede serles opuesto.

13. Modos de adquirir la fecha cierta

A diferencia del Cód. Civil, que establecía en forma precisa los casos en que un documento adquiría fecha cierta, el art. 317 del Cód. Civ. y Com. establece los modos por los cuales un documento adquiere fecha cierta y lo hace en forma amplia. Dice así: "(...) Adquieren fecha cierta el día que acontece un hecho del que resulte como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio y debe ser apreciada rigurosamente por el juez".

En él quedan comprendidos los casos enunciados anteriormente, como por ejemplo:

1º) La de exhibición del instrumento en un juicio o en cualquier repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado; no bastaría, por lo tanto, la mera exhibición, sino que es preciso su archivo; pero no es necesario que quede allí definitivamente, ya que podría ser devuelto más tarde al interesado sin que por ello dejara de tener como fecha cierta la de presentación, siempre que en las actuaciones de las que se lo desglose quedara copia testimoniada.

2º) La redacción de una escritura en la que el documento quede perfectamente individualizado. En la práctica, los escribanos solo dan fecha cierta a un instrumento privado transcribiéndolo en el protocolo, es decir, cumpliendo con lo previsto en los arts. 299 y 300, Cód. Civ. y Com.

3º) La de su transcripción en cualquier registro público.

4º) La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o de la que lo escribió, o del que firmó como testigo ya que en todos estos casos hay una certeza prácticamente absoluta de que el documento no ha podido firmarse después de esa fecha. Es verdad que puede ocurrir que el contrato se haya firmado después del fallecimiento de la persona que lo escribió; pero esta posibilidad es remota y queda a salvo el derecho de los interesados de probar que el convenio se concluyó después y el juez será quien aprecie en forma rigurosa la prueba producida.

Con la redacción del art. 317 se pone fin a la discusión de la forma de adquirir fecha cierta en nuestro país y que diera lugar a diversas interpretaciones.

Así, SALVAT, sostuvo en una posición bien extrema que el art. 1035 del Código de VÉLEZ era limitativa; incluso, afirmó que ni aun el hecho de que los firmantes hubieran sufrido la amputación de ambas manos, confiere al instrumento fecha cierta. Esta opinión había sido seguida en algunos

pronunciamientos judiciales, pero tan evidente era que esta posición no se sostenía que al redactarse el nuevo código se evitó toda limitación.

Lo que la ley quiere evitar es que la fecha de los instrumentos privados pueda fraguarse; en tal caso los jueces deben, por consiguiente, ser muy rigurosos en la apreciación de la prueba de la fecha; especialmente, no deberá admitirse la de testigos. Pero si las constancias del expediente son suficientes para acreditar en forma cierta, inequívoca, que el documento ha estado firmado antes de una fecha dada, esta debe tenerse como cierta. Tal es la corriente que predomina en la jurisprudencia.

Con este criterio, algunos fallos han decidido que el sello puesto en la oficina del sellado impositivo confiere a este fecha cierta. Es claro que esta solución solo puede admitirse teniendo en cuenta las circunstancias del caso, que evidencien que el sello no ha sido fraguado; pues no es nada difícil que un empleado complaciente o sobornado ponga el sello con una fecha falsa o que se falsifique la impresión del sellado. Con más prudencia, la Cámara 2ª de Apelaciones de La Plata resolvió que el sellado de la oficina impositiva crea una presunción de fecha cierta que el tribunal debe aceptar mientras la parte interesada no demuestre lo contrario.

C.— Documentos firmados en blanco

14. Validez de la firma en blanco: impugnación

En la práctica de los negocios es bastante frecuente el otorgamiento de documentos firmados en blanco. Estas operaciones implican riesgos para el firmante que, por lo común, tiene buen cuidado de no hacerlo sino con personas que le merezcan la mayor confianza.

En principio, la firma dada en blanco es perfectamente lícita (art. 315, Cód. Civ. y Com.); pero la ley reconoce al signatario la facultad de poder impugnar el contenido del documento cuando este no se ajustare a lo estipulado, puesto que el tenedor está obligado a llenarlo de acuerdo con lo pactado y a las instrucciones recibidas del firmante.

El derecho de impugnar el contenido del documento debe ser estudiado en relación con tres hipótesis posibles:

a) Que el documento sea hecho valer por la persona a quien se lo confió; en este caso, el firmante puede demostrar que el instrumento ha sido llenado en contra de lo acordado por toda clase de pruebas, pero no puede valerse para ello de testigos si no existe principio de prueba por escrito (art. 315 primera parte, Cód. Civ. y Com.).

Se ha decidido, sin embargo, que los testigos son admisibles si existe principio de prueba por escrito, solución lógica porque si esta regla se

aplica para demostrar la simulación en cualquier clase de instrumentos (v. nro. 780), con mayor razón debe serlo en los firmados en blanco.

b) Que el documento sea hecho valer por un tercero de buena fe que hubiera contratado con la persona a quien aquel fue confiado. Puede ocurrir, en efecto, que el tenedor de un documento firmado en blanco, luego de llenarlo, haya contratado con base en él con un tercero; el caso más frecuente es el del pagaré o cheque endosado por el tenedor originario a favor de otra persona. En tal caso, el firmante no podría oponer excepción alguna contra el tercero (art. 315, segunda parte, Cód. Civ. y Com.), quedando desde luego a salvo su derecho para reclamar daños y perjuicios contra la persona en la cual confió y que lo llenó apartándose de lo estipulado.

Firmar un documento en blanco supone riesgos y quien lo hace debe afrontarlos; no sería justo que el tercero de buena fe sufriese perjuicio como consecuencia de una actitud que le es imputable al librador; por lo demás, la seguridad del comercio exige la protección de los terceros de buena fe.

c) Que el documento haya sido sustraído fraudulentamente a la persona que lo firmó o a la persona a quien se lo hubiera confiado y hubiera sido llenado en contra de la voluntad de ellas. En este caso, la prueba de la sustracción y del abuso de la firma en blanco puede hacerse por toda clase de pruebas, inclusive la de testigos (art. 315, Cód. Civ. y Com.). No importa que el que lo sustrajo lo haya endosado después a un tercero de buena fe; aun contra este podrá impugnarse el contenido del documento demostrando que fue llenado abusivamente. Por sustracción fraudulenta debe entenderse el hurto, robo, o que el documento haya sido obtenido mediante maniobras dolosas.

D.— CARTAS MISIVAS

15. Importancia como medio de prueba y condiciones generales de validez

Las cartas constituyen uno de los medios más frecuentes y prácticos de comunicación entre los hombres, quienes transmiten por ellas sus pensamientos, sus anhelos y, también, la voluntad de obligarse jurídicamente. Se comprende así la singular importancia que tienen como medio de prueba.

Pero no siempre las cartas pueden ser exhibidas como prueba: se opone a ello el principio de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar, sancionado por la CN (art. 18). Es necesario conciliar este principio con la evidente conveniencia práctica e inclusive moral de admitir una prueba a veces decisiva en la investigación de la verdad. Con un criterio eminentemente realista y sobre la base por cierto insuficiente

del art. 1036 del Cód. Civil derogado, nuestra jurisprudencia fue delineando un sistema jurídico que estimamos prudente y acertado que ha quedado consagrado, con la sanción del art. 318 del Cód. Civ. y Com.

Para que una carta pueda hacerse valer como medio de prueba, es indispensable que quien la invoca haya entrado en posesión de ella por medios lícitos y regulares; el que intercepta la correspondencia de un tercero o sustrae dolosamente una carta no puede presentarla como prueba. Lo contrario importaría vulnerar claramente el principio de la inviolabilidad de la correspondencia privada; además, es una regla de derecho y de moral, que las fuentes de las que la Justicia saca sus decisiones deben ser puras, porque no puede basar sus pronunciamientos en probanzas que se le brinden mediante la perpetración de delitos, como es el apoderamiento indebido de la correspondencia privada de terceros (art. 153, Cód. Penal). Sin embargo, se ha reconocido al esposo o esposa el derecho de interceptar la correspondencia del otro cónyuge y de valerse de ella como prueba; igual derecho tiene el padre, el tutor y el curador respecto de las personas que representan legalmente.

16. Admisibilidad de las cartas presentadas por el destinatario

El destinatario, parte de un juicio, puede hacer valer las cartas emanadas de la contraparte, sean o no confidenciales. En este caso no está en juego la inviolabilidad de la correspondencia, puesto que entre los corresponsales no hay secretos; la reserva se relaciona exclusivamente con los terceros. Por ello, es que el art. 318 del Cód. Civ. y Com. se refiere a la prohibición de hacer valer las cartas tan solo al caso de que sean dirigidas a terceros.

En la hipótesis que estamos tratando, las cartas son un elemento probatorio de primer orden y equivalen a cualquier instrumento privado suscripto por la contraparte.

17. Admisibilidad de las cartas dirigidas a terceros

El art. 318 del Cód. Civ. y Com. establece que los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario y del remitente si es confidencial. Esta regla está enunciada de una manera tan general que parece no admitir ninguna clase de excepciones. No obstante ello, la jurisprudencia, existente a la época de la sanción del nuevo Código ha interpretado, que la norma se inspira en el principio de la inviolabilidad de la correspondencia privada, y que este principio no siempre está en juego cuando se hacen valer cartas dirigidas a terceros, ha limitado considerablemente su esfera de aplicación.

a) En primer término, se ha decidido que la regla del art. 318 se refiere únicamente a las cartas confidenciales; las que no tienen ese carácter

pueden ser presentadas siempre a juicio, aunque sean dirigidas a terceros. El carácter confidencial no depende de que el remitente así la califique y menos aún de que la cruce con un sello que diga "confidencial" o "reservado", sino del propio contenido de la carta, que el juez debe apreciar libremente, teniendo en cuenta entre otras pautas la congruencia entre lo sucedido y lo narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, etc.

b) Aun cuando la carta sea confidencial, puede ser presentada en juicio si ha sido dirigida a un representante de la parte que la exhibe o a quien actúa como si fuera tal, puesto que en este caso no puede hablarse, en rigor, de terceros. De acuerdo con este criterio, se ha decidido que pueden agregarse las cartas dirigidas al apoderado o representante legal de quien las exhibe, a su abogado, al escribano o al corredor que ha intervenido en la operación.

c) Aunque tenga carácter confidencial, la carta puede ser presentada a juicio por el cónyuge para probar las relaciones entre la esposa o esposo con un tercero.

§ 3.— INSTRUMENTOS PÚBLICOS

A.— CONCEPTO E IMPORTANCIA

18. Definición

Se llaman instrumentos públicos aquellos a los cuales la ley les reconoce autenticidad, es decir, a los que prueban *per se* la verdad de su contenido, sin necesidad de reconocimiento de la firma, como los privados. Ordinariamente interviene en su otorgamiento un oficial público; pero este no es un requisito esencial para todos los instrumentos públicos, desde que hay algunos en que no interviene; así, por ejemplo, los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires enumerados en el inc. c) del art. 289 (v. nro. 671).

La fe que merece el oficial que los autoriza y el cumplimiento de las formalidades a que están sometidos confieren a estos instrumentos una seguridad y seriedad muy superiores a las que pueden ofrecer los privados. Por ello, la ley les atribuye autenticidad, ya sea entre las partes o con relación a terceros; poseen fuerza ejecutiva, su fecha es considerada cierta y la copia de ellos, legalmente extraída, tiene el mismo valor que los originales.

19. Requisitos

Los requisitos que deben llenar los instrumentos públicos son los siguientes:

a) *Intervención de un oficial público*

Salvo casos de excepción (art. 289, incs. a] y b]), la intervención del oficial público es indispensable y precisamente ella es la que confiere seriedad al acto y permite tener por auténtico su contenido. Por esto el art. 290 expresamente establece como requisitos de validez del instrumento público no solo la actuación del oficial público, sino también su firma.

El oficial público debe estar legalmente nombrado por la autoridad competente; pero la falta en su persona de las cualidades o condiciones necesarias para el nombramiento a las funciones de que se encuentre revestido, no quita a sus actos el carácter de instrumentos públicos (art. 292). Bien o mal nombrado, el oficial obra en ese carácter mientras no se lo remueva. No es posible sancionar con una nulidad, que perjudicaría a los particulares inocentes, un acto que emana de quien fue investido por el Estado con la función pública. Sin contar con que, en cada caso, se obligaría a las partes a una investigación prácticamente imposible de las condiciones personales del funcionario, pues solo así estarían seguras de sus derechos.

b) Competencia del oficial público

No es suficiente la designación legal del oficial público; es preciso, además, que sea competente. Debe obrar dentro de los límites de sus atribuciones, no solo respecto de la naturaleza del acto, sino también dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones (art. 290, Cód. Civ. y Com.).

En cuanto a la competencia territorial, cabe hacer una salvedad importante, establecida en el art. 290, inc. a). Dicho artículo prevé que son también válidos, los instrumentos hechos por funcionarios fuera de los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en él. Se prevé así la hipótesis de un error común, que puede provenir de la vecindad de los lugares, de la incertidumbre de los límites o de otras causas; error tanto más probable en países como el nuestro, con muchas e importantes cuestiones de límites interprovinciales aún no resueltas.

c) Incompatibilidad por interés directo o parentesco

Aunque el oficial público estuviera designado regularmente y fuera competente, no puede autorizar actos en los que tenga interés personal o lo tengan su cónyuge, su conviviente o sus parientes dentro del cuarto grado o segundo de afinidad; y si lo hiciera, el acto es nulo (art. 291, Cód. Civ. y Com.). Dentro de la incompatibilidad legal están comprendidos todos los parientes, sean consanguíneos o afines, pues la ley ha querido asegurar la imparcialidad del oficial público al establecer la prohibición.

d) Cumplimiento de las formalidades legales

Finalmente es requisito ineludible que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad (art. 290, Cód. Civ. y Com.).

Estas formalidades varían según el instrumento público de que se trate. Empero, hay una, la firma, que es común a casi todos, y que reviste una importancia particular. En este sentido, dispone el art. 290: "Son requisitos de validez del instrumento público (...) las firmas del oficial público, de las partes y en su caso de sus representantes, si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos".

Es indispensable, por consiguiente, la firma de todos los interesados que aparezcan en él; la omisión de cualquiera de ellas da lugar a la nulidad del instrumento público que, sin embargo, en ciertos casos, podrá valer como privado (art. 294).

Puede ocurrir, sin embargo, que la parte no sepa o no pueda firmar; en tal caso, el oficial público dejará constancia de ello, y será necesario que otra persona firme en su nombre (art. 290, inc. b], Cód. Civ. y Com.). Por excepción, algunos instrumentos públicos no requieren la firma de las partes (art. 289, inc. c] y testimonios de escrituras públicas, actuaciones judiciales, etc.).

B.— Enumeración legal

20. Distintas clases de instrumentos públicos. El art. 289

En el art. 289 se enumeran las distintas clases de instrumentos públicos. Se consideran tales:

1º) Las escrituras públicas y sus copias o testimonios. Esta es la especie más importante de los instrumentos públicos.

2º) Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que establecen las leyes. No todos los actos autorizados por escribano son escrituras públicas, puesto que estas requieren ser extendidas en el protocolo; pero las diligencias realizadas por aquellos fuera de ese libro tienen siempre el carácter de instrumentos públicos si hubieran guardado las formas prescriptas por la ley. Ejemplos: el inventario judicial, el acta de un sorteo de lotería.

3º) Los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme las leyes que autoricen su emisión. Si bien estos son instrumentos que emanan de funcionarios y que de acuerdo con lo que tiene establecido nuestra doctrina, no es propio de la fe púbica, dada su jerarquía gozan de una presunción de legitimidad y autenticidad que los habilita para quedar incluidos dentro de los instrumentos públicos, tal como lo consignara en sus considerandos la comisión redactora del Cód. Civ. y Com.

Claramente se puede apreciar de la redacción del art. 289 del Cód. Civ. y Com. que el legislador ha preferido hacer una enunciación de carácter general.

C.— Fuerza probatoria

21. Autenticidad de los instrumentos públicos

Los instrumentos públicos gozan de autenticidad, vale decir, prueban su contenido por sí mismos sin necesidad de reconocimiento previo por la parte interesada, como es menester en los privados (art. 296, Cód. Civ. y Com.).

Este privilegio singular se justifica plenamente. Ellos emanan generalmente de un oficial público, llevan su sello y su firma, que, por ser reconocida, puede legalizarse fácilmente; y en los casos en que no emanan de él, están sujetos a severas formalidades; en fin, quien se aventure a falsificarlos, y particularmente si es el oficial público, es pasible de graves sanciones de carácter penal. Parece lógico, por lo tanto, confiar en su autenticidad, y al atribuírsela, la ley contempla una sentida necesidad social. Es necesario contar en las relaciones jurídicas con algo que merezca fe por sí mismo, sin necesidad de demostración; algo que deba ser creído, que asegure a quien lo otorgó conforme a la ley, que cuando precise esgrimirlo en defensa de su derecho le sea útil de inmediato, sin que deba soportar la siempre pesada carga de la prueba. De no existir documentos dotados de autenticidad, se introduciría un factor de zozobra y de inseguridad en el mundo de los negocios, con el consiguiente retraimiento de los interesados.

22. Valor probatorio de sus cláusulas o enunciaciones

No obstante la autenticidad de los instrumentos públicos, no todas sus cláusulas gozan de la misma fe. La ley distingue, con acierto, tres situaciones distintas.

a) Hechos cumplidos por el oficial público o pasados en presencia suya

Respecto de ellos, el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso en juicio civil o criminal (art. 296, Cód. Civ. y Com.). Se comprende que así sea porque, en este caso, es el propio oficial quien da fe de lo que se ha hecho, visto u oído. Si el instrumento público ha de ser un factor de seguridad jurídica, no pueden destruirse estas afirmaciones por simple prueba en contrario; por ello la ley exige un procedimiento especial, en el que se debate plenamente el asunto: la querella de falsedad.

Solo declarada la falsedad del instrumento queda desvirtuada la prueba de aquellos hechos.

La fe debida a la palabra del oficial público no se extiende a todas sus afirmaciones, sino solamente a las que él ha hecho, visto u oído, por suceder en su presencia y en ejercicio de sus funciones.

b) Manifestaciones de las partes

Las manifestaciones de las partes relativas a haberse ejecutado el acto, las convenciones, disposiciones, pagos, etc., hacen fe (art. 296, inc. b], Cód. Civ. y Com.), pero hasta que se produzca prueba en contrario.

Adviértase bien que no se trata del hecho material de que las manifestaciones hayan sido o no formuladas, pues sobre esto el oficial público da fe de que ha ocurrido en su presencia, y prueba hasta su destrucción por querella de falsedad, sino de la verdad o sinceridad del contenido de esas declaraciones. Pueden las partes manifestar ante el escribano que celebran un contrato de compraventa de un inmueble, pero tratarse de una donación oculta, bajo la apariencia de una venta. Para demostrarlo no es menester la querella de falsedad, bastando la simple prueba de ello.

c) Simples enunciaciones

Tradicionalmente se ha hecho en doctrina una distinción entre disposiciones y simples enunciaciones de un instrumento, sea público o privado. Las primeras son aquellas estipulaciones sobre las que recae el acuerdo de voluntades o la voluntad unilateral, si se tratase de un acto de esta naturaleza; las segundas son expresiones incidentales que las partes han dejado deslizar en sus declaraciones. Así, por ejemplo, manifestar el contrato que la compraventa ha quedado concluida con el pago del precio importa una cláusula dispositiva, pero agregar que se paga con dinero proveniente de títulos del crédito argentino interno es una simple enunciación. Es lógico que estas manifestaciones no puedan tener el mismo valor probatorio que las cláusulas dispositivas, pues no han sido materia del negocio jurídico ni ha tenido por qué recaer sobre ellas la atención de las partes; y es de presumir que han sido agregadas sin mucha reflexión. Pero la distinción entre disposiciones y simples enunciaciones, que teóricamente parece clara, en la práctica resulta a menudo sutil y difícil. Para evitar dudas sobre el punto, el Código establece que cuando las enunciaciones guardan relación directa con el objeto principal del acto, hacen plena fe entre las partes (art. 296 inc. b]), lo que parece lógico, pues en tal caso no pueden pasar inadvertidas a la atención de los otorgantes.

23. Validez como instrumentos privados de los instrumentos públicos nulos como tales

Si bien el nuevo Cód. Civ. y Com. no hace referencia alguna acerca del valor de los instrumentos emanados de un oficial público que fuere

incompetente. Ahora bien, si en cambio no hubiere cumplimentado con las formas debidas, pero estuviere suscripto por las partes, vale como instrumento privado conforme lo establece expresamente el art. 294.

§ 4.— Escrituras públicas

24. Concepto

Se llaman escrituras públicas a una clase especial de instrumentos públicos otorgados por los escribanos en su libro de protocolo, de acuerdo con las normas especiales que la ley establece para ellas. Por excepción, pueden ser otorgadas por otros funcionarios: tal es el caso de los cónsules (ley 4212).

Las escrituras públicas tienen tal importancia en el comercio jurídico que la ley ha debido reglamentar cuidadosamente no solo sus requisitos formales, sino también las actividades y funciones de los escribanos.

A.— Escribanos públicos

25. Antecedentes históricos

Los antecedentes más remotos de la profesión de escribano parecen encontrarse en Egipto. Los *scribae* eran funcionarios de carácter sagrado, que acompañaban las procesiones de Isis y daban fe de todo lo que en ellas ocurría; asimismo, y dado el incremento de los negocios, fueron encargados de recibir las convenciones de los particulares, como un medio de asegurar su eficacia. También tuvieron los hebreos sus escribas, de los cuales el llamado *regis* era un escribano en el sentido actual de la palabra; los demás eran sacerdotes doctos en la interpretación y análisis de la Sagrada Escritura.

En Grecia deben recordarse los escribas *argentarii*, así llamados porque intervenían en todas las operaciones por dinero; ellos las registraban y, en caso de duda, sus anotaciones servían de prueba.

En Roma existían diversos funcionarios en cuyas tareas puede verse un antecedente de la moderna institución notarial. Los *notarii* anotaban en forma breve, de minuta, la sustancia de las operaciones; los *actuari* confeccionaban las actas que contenían las decisiones de los jueces; los *argentarii* intervenían en las operaciones por dinero, como en Grecia; los escribas acompañaban a los magistrados y extendían las actas y documentos relacionados con la gestión de aquellos. Finalmente, estaban los *tabularii* y *tabelliones*, cuyo papel no se ha aclarado aún en forma satisfactoria, aunque es indudable que deba buscarse en ellos el antecedente directo de los actuales escribanos. Cuando se extendió el derecho quiritario a todo el imperio, se hizo costumbre consultar sobre puntos oscuros a los individuos que solían hacer escritos para el público; a ellos se los llamó *tabelliones* (de *tabula, documentum*). Como la

institución era ventajosa, el Estado la sometió a su vigilancia y dio fe a los actos pasados ante ellos. Otros autores los distinguen considerando que los *tabularii* eran funcionarios administrativos encargados de extender ciertos instrumentos, como las constancias de los nacimientos, etc.; en cambio, los *tabelliones* registraban los actos y contratos privados. Después de Justiniano ambas denominaciones pertenecen al mismo funcionario, que a partir del siglo XII fue llamado notario. Aquel emperador reglamentó la profesión en forma bastante completa.

En España la institución notarial floreció con especial vigor, siendo legislada ya en el Fuero Real (Lib. 1, Tít. VIII).

26. La ley 404: organización del notariado

En nuestro país el notariado está organizado por las leyes locales de cada provincia; para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige la ley 404 y su dec. regl. 1624/2000, cuyos lineamientos generales son los siguientes:

El cargo de escribano público es desempeñado por aquellas personas a quienes se concede un registro de tal; los titulares son designados por el Poder Ejecutivo luego de un concurso de oposición y antecedentes en cada caso y cuyo resultado será comunicado por el Colegio de Escribanos. El jurado estará integrado por un miembro del Tribunal de Superintendencia, un profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, designado por esta; un notario designado por la Academia Nacional del Notariado, un representante del Poder Ejecutivo y un escribano en ejercicio del notariado, nominado por el Colegio de Escribanos (art. 34).

Para ser escribano público se requiere ser argentino nativo o naturalizado con más de seis años de naturalización, tener título de abogado, hallarse inscripto en la matrícula profesional y estar colegiado, además de tener conducta, antecedentes y moralidad intachables (art. 8º). La ley establece un régimen riguroso de incompatibilidades con todo empleo nacional, provincial o privado, salvo los cargos electivos, los docentes o los que impliquen el ejercicio de la función notarial. Tampoco pueden ejercer la banca, el ejercicio del comercio ya sea por cuenta propia o ajena, la abogacía o cualquier otra profesión liberal (art. 17).

El gobierno y disciplina del notariado está a cargo del Tribunal de Superintendencia y del Colegio de Escribanos (art. 117). Conforme la ley 12.990 el Tribunal de Superintendencia estaba integrado por el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires y dos vocales designados por un año por el tribunal en pleno. Con la sanción de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hasta tanto se produzca el cambio de los tribunales nacionales a la órbita de la CABA, el Tribunal de Superintendencia estará integrado por los miembros que integran el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

(art. 172). Debe vigilar a los escribanos, al Colegio y a todo cuanto guarde relación con el cumplimiento de la ley. Conoce en única instancia en todos los casos de responsabilidad profesional, previo sumario y dictamen del Colegio, si la pena aplicable es mayor de tres meses de suspensión. Si la pena aplicable fuera menor, conocerá como tribunal el Consejo Directivo del Colegio. Si el escribano apelare la resolución dentro de los diez días de notificado, las actuaciones deberán ser elevadas al Tribunal de Superintendencia (art. 142).

El Colegio de Escribanos está formado por todos los escribanos inscriptos en la matrícula, siendo obligatoria la agremiación: está gobernado por un Consejo cuyos miembros son elegidos por simple mayoría de votos válidos emitidos y los cargos de vocales titulares y suplentes se distribuirán mediante el sistema proporcional D'Hont, por un término de dos años (art. 126). Son atribuciones y deberes del Colegio: vigilar el cumplimiento por parte de los escribanos de todas sus obligaciones legales; inspeccionar periódicamente los registros con ese fin; velar por el decoro profesional; llevar el registro de matrícula; instruir sumarios, ya sea para aplicar por sí mismo a los escribanos una pena no mayor de tres meses de suspensión, o para elevar los antecedentes al Tribunal de Superintendencia si la pena aplicable fuera mayor; producir sumarios sobre los méritos y antecedentes de los aspirantes a registros; ejercer la representación gremial de los notarios; colaborar con las autoridades en el estudio de proyectos; sugerir reformas y evacuar consultas; resolver arbitralmente las discusiones que se susciten entre los notarios; etc.

El escribano adscripto es el que actúa en forma conjunta con el titular del Registro, pero sometido a vigilancia y bajo la responsabilidad de este. Tiene las mismas responsabilidades que el regente y lo reemplaza en caso de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento de carácter transitorio. Cada Registro puede tener hasta dos adscriptos: al más antiguo le corresponde la regencia por muerte o renuncia del titular (arts. 46, 49 y 50). Titulares y adscriptos pueden celebrar toda clase de convenios para reglar sus derechos en el ejercicio de la profesión. También pueden nombrarse escribanos interinos para casos de enfermedad, ausencia o algún tipo de impedimento transitorio (art. 29, inc. a]) del escribano titular o de su adscripto. Además el escribano titular de un registro puede solicitar al Tribunal de Superintendencia del notariado la designación de un escribano subrogante, si no hubiere escribano adscripto; ahora bien, tanto para un caso como para el otro, el escribano debe ser un escribano con registro de la misma jurisdicción.

B.— Requisitos de las escrituras públicas

27. Confección material

Disponía el Cód. Civil en el art. 998, que las escrituras públicas debían ser confeccionadas por el mismo escribano. Pero, en la práctica, la redacción de puño y letra por el escribano es materialmente imposible, no obstante lo cual un fallo de los tribunales cordobeses declaró nula una escritura en que no se había cumplido con esa exigencia. El pronunciamiento motivó la consiguiente alarma y dio lugar a la sanción de la ley 9151, del 27 de septiembre de 1913, por la cual se suprimieron las palabras "por el mismo escribano". Por consiguiente, la escritura puede ser hecha por cualquier empleado de la escribanía en forma manuscrita, mecanografiada o por cualquier otro medio apto para garantizar su conservación e indelebilidad y que hayan sido aceptados por el Colegio (art. 62, ley 404 CABA); pero iniciada una escritura a mano o a máquina, debe concluirse de la misma forma.

28. Asiento en el protocolo

Las escrituras matrices deben extenderse en el protocolo o libro de Registro. Este libro se va formando con la agregación de las sucesivas escrituras en forma cronológica y al final del año se cierra y se encuaderna. El Cód. Civil ha dejado a las leyes locales la reglamentación de la forma en que debe llevarse. En la Capital Federal, la cuestión está regida por la ley 404 y por diversas acordadas de la Cámara Civil.

Dispone la ley 404 que las escrituras se extenderán en hojas de protocolo provistas por el Colegio de Escribanos.

29. Idioma

Las escrituras deben hacerse en idioma nacional (art. 302, Cód. Civ. y Com.), lo que no excluye naturalmente el uso de vocablos indígenas que el uso ha consagrado, tanto más si han merecido la aprobación de la Academia de Letras. Si fuera indispensable usar alguna palabra extranjera, es de buena práctica agregar el equivalente en castellano. Sin embargo, el código autoriza a que los otorgantes puedan requerir al escribano interviniente la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero siempre que conste la traducción que haya efectuado un traductor público nacional. De ser así el escribano deber entregar juntamente con la escritura una copia certificada del instrumento en el idioma en que fue redactado.

30. Escrituras otorgadas por mudos o sordomudos

Si una o ambas partes tienen una discapacidad auditiva la escritura debe hacerse en conformidad a una minuta que den los interesados, firmada por ellos, y reconocida la firma ante el escribano que dará fe del hecho. Esta minuta debe quedar también protocolizada (art. 304, Cód. Civ. y Com.).

La ley hace también referencia a las personas que además de la discapacidad auditiva no saben darse a entender por escrito. En este caso el referido art. 304 establece que la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por quien adolece de dicha discapacidad y el escribano debe dar fe de ese hecho y que dicha minuta deberá ser, además, protocolizada.

31. Partes que constituyen las escrituras públicas

En las escrituras públicas pueden distinguirse distintas partes que integran su cuerpo. Las analizaremos a continuación.

a) El encabezamiento o cabeza es la parte con que se abre el acto y debe contener las siguientes enunciaciones: número de la escritura, lugar de otorgamiento, la fecha con expresión de día, mes y año, constancia de la comparecencia de las partes, su nombre, si son mayores de edad, estado de familia, si es casado deberá indicar si en primeras o posteriores nupcias, domicilio o vecindad; la identidad de los comparecientes deberá justificarse a) por la exhibición que se hiciera al escribano de documento idóneo, en cuyo caso el escribano deberá individualizar el documento y agregar al protocolo una reproducción certificada de sus partes pertinentes, b) por la afirmación del conocimiento que tiene el escribano (art. 306, Cód. Civ. y Com.). En el caso de que el otorgante del acto fuere una persona jurídica, se debe dejar constancia no solo de su denominación completa, sino que también debe dejarse constancia de su domicilio social y los datos de inscripción de su constitución si correspondiere.

b) La exposición, en la cual las partes explican el acto jurídico o dan la razón que los ha movido a contratar, o refieren los antecedentes del dominio, etc. No siempre la escritura tiene exposición y con frecuencia se halla confundida o entremezclada con la estipulación propiamente dicha.

c) La estipulación es la declaración de voluntad formulada por los otorgantes con el propósito de producir efectos jurídicos: las cláusulas o condiciones de un contrato, las disposiciones de un testamento, etc. Sin estipulación la escritura carecería de contenido y de razón de ser; a ella alude el Código cuando dice en el art. 305 que la escritura debe expresar la naturaleza y la individualización de los bienes que constituyen el objeto del acto.

d) El pie, que es el cierre de la escritura. En él debe constar que el escribano la ha leído a las partes, que estas ratifican su contenido y que firman juntamente con los testigos (si los hubiere), respecto de los cuales debe manifestarse su nombre, mayoría de edad, domicilio y que son hábiles y de conocimiento del escribano. Si existen borraduras, entrelíneas, enmiendas, etc., deben salvarse al final, de puño y letra del escribano antes de la firma. Por último, deben firmar las partes, los

testigos y el escribano (art. 305), si alguno de los otorgantes del acto no sabe o no puede firmar debe hacerlo en su nombre otra persona. En este caso deberá dejarse constancia de la causa por la que se encuentra impedida de hacerlo y deberá tomarse la impresión digital del otorgante.

32. Antecedentes del dominio: el corresponde

Cuando se trata de operaciones en que se transmiten inmuebles, la escritura debe contener, además, una relación de los antecedentes en virtud de los cuales el transmitente es el titular del dominio sobre aquellos. Es lo que se llama el corresponde, que permite seguir con exactitud las diversas transmisiones sufridas por el bien. Esta exigencia legal proviene de leyes registrales que tienden no solo a facilitar el estudio de los títulos y su inscripción en el Registro de la Propiedad, sino también a dar una mayor seguridad a las transmisiones inmobiliarias.

33. Documentos habilitantes

Llamase documentos habilitantes a aquellos en virtud de los cuales una persona obra en representación de otra, ya sea por mandato, por disposición de la ley, o por resolución de autoridad competente. Ejemplos típicos son el poder, el discernimiento de tutela o curatela, etc. Es indispensable que del documento surja la personería del representante, para actuar en nombre de un tercero.

Puesto que de los documentos habilitantes surge la personería del compareciente para otorgar el acto, estos tienen una importancia fundamental en la escritura pública. Ello explica que el art. 307 establezca que si el otorgante es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite el que debe quedar en el protocolo, salvo que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos que hagan necesaria su devolución. En este caso se deberá dejar copa certificada. Pero si los instrumentos estuviesen otorgados o protocolizados en el registro del escribano, o hubiesen sido ya transcriptos en su protocolo, bastará que este dé fe de hallarse en su protocolo, indicando la foja en que se encontraren y transcribiendo solamente la parte pertinente de los mismos.

Aunque la ley no lo manda, será conveniente, que los escribanos individualicen en la escritura los poderes o documentos habilitantes agregados al protocolo, haciendo por lo menos una relación sucinta de ellos, que servirá para facilitar el estudio posterior en cuanto a las facultades conferidas al representante para el otorgamiento del acto.

¿Qué ocurre si el escribano no ha agregado los documentos habilitantes al protocolo? La omisión de los documentos habilitantes no se menciona entre los vicios de la escritura que provocan su nulidad, por consiguiente, solo da lugar a la aplicación de una sanción al escribano.

34. Representantes que no necesitan documentos habilitantes

Los padres no necesitan de documentos habilitantes para actuar por sus hijos, bastando el conocimiento legal del escribano, pues la representación surge de la ley; pero si se tratara de actos que solo pueden realizar con autorización judicial, debe transcribirse dicha autorización.

Los funcionarios públicos no precisan acreditar su carácter de tales, pues basta la publicidad dada a los decretos por los cuales se los designa para el desempeño de su función.

35. Testigos

El art. 1001 del Cód. Civil exigía la presencia en toda escritura de dos testigos instrumentales; se trataba de un requisito esencial cuya omisión provocaba la nulidad del acto (art. 1004, antigua redacción).

La ley 15.875 suprimió esta estéril exigencia. En verdad, la presencia de los testigos no añade nada a la seriedad del acto, que reposa esencialmente en la actuación del notario.

Este criterio es el que ha primado en el nuevo Código, ya no es necesaria la presencia de los testigos; pero cuando el escribano o cualquiera de las partes lo juzgue pertinente, podrá exigir la comparecencia de dos testigos instrumentales; en ese caso, deberá hacerse constar en el cuerpo de la escritura el nombre y residencia de ellos (art. 305). La omisión de la firma de los testigos cuya presencia hubiera sido requerida causa la nulidad del acto (art. 309).

Esta eliminación de los testigos instrumentales solo se refiere a las escrituras en general, pero no a los casos en que el Código, por otras disposiciones especiales, exige la comparecencia de ellos, tal como sería el caso del art. 2479, que exige la presencia de dos testigos para los testamentos por acto público.

No hay que confundir a los testigos instrumentales con los de conocimiento, que están destinados a suplir la falta de conocimiento de las partes por el escribano y que, por lo tanto, son necesarios, pero solo en esa hipótesis. Una misma persona puede desempeñar simultáneamente ambas funciones.

La sala F de la Cámara Civil de la Capital ha decidido con razón que los testigos de conocimiento pueden ser sustituidos por un documento de identidad.

Los testigos, sean instrumentales o de conocimiento, deben ser hábiles. Según el art. 295, no pueden ser testigos en los instrumentos públicos:

a) Las personas incapaces de ejercicio y aquellas a las que una sentencia les impide ser testigos en instrumentos públicos, vale decir los condenados por falso testimonio.

b) Los que no saben firmar.

c) Los dependientes del oficial público, inhabilidad tendiente a asegurar la imparcialidad de los testigos.

d) El cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial dentro del cuarto grado y segundo de afinidad, comprendiéndose en la prohibición tanto a los legítimos como a los naturales y afines. Pero los parientes de las partes pueden ser testigos, y no hay inconveniente tampoco en que estos tengan entre sí vínculo de parentesco.

Sin embargo, el error común sobre la capacidad de los testigos incapaces que hubieren intervenido en los instrumentos públicos, pero que generalmente eran tenidos como capaces, salva la nulidad del acto. Con esto se salvan nulidades injustas y que muchas veces resulta imposible evitar. Pero el error común no es una simple creencia del escribano, sino el que resulta de una opinión general, de lo que podría llamarse una posesión de estado. Es esta una cuestión de hecho que los jueces deberán resolver en cada caso.

C.— Sanciones por la falta de observancia de las formalidades legales

36. Nulidad

La nulidad de la escritura es la sanción más grave, desde el punto de vista de las partes. Solo procede en aquellos casos en que surgiera claramente de la ley. Algunas hipótesis están enumeradas en el art. 309 del Cód. Civ. y Com. Según esta norma, son nulas las escrituras en que se hubiera omitido: a) la designación del tiempo en que fuesen hechas; pero creemos que una fecha incompleta (por ej., si solo se designara mes y año) no anula la escritura, si puede integrarse determinándola por la inmediata anterior y posterior; b) el lugar; c) el nombre de los otorgantes; d) la firma de las partes y la firma a ruego, cuando no saben o no pueden escribir; e) la presencia y firma de testigos, cuando la presencia de ellos hubiere sido requerida por el escribano o las partes, o cuando resultare obligatoria conforme a disposiciones especiales del Código. También es causa de nulidad: a) la falta de firma del escribano, pues en tal caso deja de ser instrumento público; b) que la escritura no se haya hecho en el protocolo (art. 300, Cód. Civ. y Com.); c) que el papel no esté rubricado por el Colegio de Escribanos; d) que haya sido otorgada fuera de la jurisdicción del escribano (art. 290), salvo que el lugar fuese considerado generalmente como comprendido dentro de aquella (art. 292, segunda parte); o por un escribano que tenga interés en el asunto o lo tengan sus parientes dentro del cuarto grado (art. 291); e) que haya sido otorgada ante testigos inhábiles, salvo el caso de error común (art. 295); f) si existen enmiendas, entrelíneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales,

como la fecha, nombres, cantidades, cosas, no salvadas al final (art. 294); g) son, por fin, nulas las escrituras que no se hallen en la página del protocolo, donde, según el orden cronológico, debían ser hechas (art. 300, Cód. Civ. y Com.); pero la jurisprudencia ha decidido que esta disposición se aplica solamente cuando existe la posibilidad de que la escritura no se haya otorgado en la fecha que indica, pues lo que la ley ha deseado evitar son fraudes; pero cuando es evidente que se trata de un simple error y no de un deseo de falsear los hechos, la escritura no sería nula.

Fuera de estas hipótesis, la escritura no es nula, quedando a salvo las sanciones contra los escribanos o funcionarios públicos que las normas autoricen (art. 309, *in fine* del Cód. Civ. y Com. y art. 149 de la ley 404), sin perjuicio de otras sanciones, tales como la responsabilidad de daños y perjuicios e inclusive la destitución (art. 149, inc. d], ley 404).

D.— Copias

37. Primera copia

Otorgada una escritura pública, el escribano debe dar copia o testimonio a las partes que lo pidieren (art. 308, Cód. Civ. y Com. y 116 de la ley 404 CABA).

Por parte debe entenderse no solo los otorgantes, sino también sus sucesores universales o singulares. Al expedir la copia, el escribano pondrá nota, indicando la fecha y la persona para quien se expide (art. 109, ley 404); debe también mencionar si se trata del primero o segundo testimonio, el registro y número que en él tiene la escritura con la que concuerda; finalmente, debe tener la firma y sello del escribano (art. 115, ley 404).

Los testimonios pueden obtenerse en formularios impresos o en copia o en cualquier soporte material y medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble en el tiempo conforme las reglamentaciones que estableciere el Colegio de Escribanos (art. 114, ley 404) debiendo en estos casos el escribano escribir el concuerda de su puño y letra.

38. Nuevas copias

El otorgamiento de segundas o sucesivas copias no presenta problemas cuando la escritura no contenga obligaciones de dar o hacer. En tal caso, el escribano debe darlas a simple pedido de parte (art. 308, Cód. Civ. y Com. y art. 116 de la ley 404 CABA).

Pero si en la escritura alguna de las partes se hubiese obligado a dar o hacer alguna cosa, la segunda copia no podrá darse sin autorización del juez. Entendemos, de conformidad con casi toda la doctrina y jurisprudencia, que la única razón para negar un segundo testimonio es la existencia de obligaciones de dar o hacer pendientes de cumplimiento,

pues en el caso contrario no se justificaría en modo alguno la intervención judicial. En estos casos se debe requerir la acreditación en instrumento público la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico, (art. 308, Cód. Civ. y Com.). Un caso especial es el relativo a la segunda copia del título de propiedad; en tal supuesto, parece muy útil la intervención judicial o, por lo menos, un pedido de informes hecho por el escribano al Registro de Propiedad para verificar si el bien continúa a nombre del solicitante, pues ciertas operaciones, como las de compraventa mediante boletos, se hacen ante la simple exhibición de títulos.

39. Valor probatorio

El valor probatorio de las actas se circunscribe a lo que el escribano ha tenido a su vista, a la verificación de su existencia y de su estado (art. 312, Cód. Civ. y Com.).

E.— Protocolización

40. Protocolización de instrumentos privados

La protocolización consiste en incorporar al protocolo, por orden judicial, un instrumento privado. El efecto de esta medida es transformar el instrumento privado en público.

La orden judicial es requisito indispensable para que exista protocolización; a simple pedido de las partes, el escribano podrá agregar el instrumento privado en su protocolo y con ello adquirirá fecha cierta, pero no se convierte en instrumento público, pues le falta autenticidad. Por lo demás, la protocolización solo ofrece interés en el caso de que sea una de las partes la que desea darle al instrumento carácter público, pues si ambas estuvieren de acuerdo, les bastaría con otorgar una escritura en la que se reprodujese el documento.

La orden judicial solo puede expedirse después que el documento ha sido reconocido por las otras partes no interesadas en la protocolización o declarado debidamente reconocido. Esta exigencia no está expresamente contenida en la ley, pero es obvio que el instrumento privado no puede gozar de autenticidad mientras las firmas que lo suscriben no hayan sido reconocidas; en materia de testamentos ológrafos, el Cód. Proc. exige el reconocimiento por testigos (art. 705).

Expedida la orden, el documento se entregará al escribano que haya de cumplir la diligencia, quien lo agregará a su protocolo mediante un acto que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento. No es necesaria la transcripción íntegra, si bien es de práctica notarial hacerla.

41. Actas notariales

Las actas notariales son aquellas que levantan los escribanos a pedido de quien invoca un interés legítimo con el fin de que se autentiquen los hechos que presencia y las cosas que perciba, comprobar su estado, su existencia y las de las personas. Este concepto que es el receptado por la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es el seguido también por la ley 9020 de la Provincia de Buenos Aires y por la ley notarial de la Provincia de Mendoza, aunque para esta norma quedan excluidos los documentos cuyos contenidos son propios de las escrituras.

En cuanto al valor probatorio de las actas notariales nuestra doctrina está dividida; hay quienes entienden que tiene: a) la misma fuerza probatoria que la de una escritura, en tanto se trate de hechos actuados o pasados ante el escribano, aunque, coincidiendo con RIVERA, pareciera que es necesario que el escribano no solo debe darse a conocer e instruir al requerido de la naturaleza y alcance de su cometido, sino que además debe dejar constancia de ello en el documento; y b) que no tienen el carácter de escritura pública y, por lo tanto, no pasa de ser uno de los tantos medios de prueba de que pueden valerse las partes y que, por lo tanto, puede ser desvirtuada por cualquier prueba en contrario. Coincidentemente BUSTAMANTE ALSINA señala que las actas notariales no pasan de ser uno de los tantos medios de prueba de que pueden valerse las partes para preparar y preconstituir la prueba testimonial que debe prestarse en juicio.

§ 5.— INSTRUMENTOS INFORMÁTICOS

42. Firma digital, documento digital y firma electrónica. Ley 25.506

La ley 25.506 coloca a nuestro país en un pie de igualdad con los más desarrollados —al insertarlo en la sociedad de la información y en la economía digital—, brindando oportunidades para el desarrollo del sector productivo vinculado a las nuevas tecnologías, dándole así, a los actos jurídicos celebrados por medios electrónicos, una seguridad jurídica similar a la de los instrumentos privados pero, ahora, con una fuerza probatoria mayor, por cuanto los requisitos de validez son de un estadio intermedio entre los instrumentos públicos y los privados.

Es que desde hace muchos años innumerables negocios se celebran por medios electrónicos, que si bien tenían validez, ahora les da una mayor seguridad, conformando al mundo negocial que requiere de ordenamientos jurídicos que reconozcan eficacia a los instrumentos informáticos.

El Cód. Civ. y Com. admite expresamente la firma digital en aquellos instrumentos generados por medios electrónicos y queda como tal cuando

se utiliza una firma digital que asegura indubitadamente la autoría e integridad del instrumento (art. 288, apart. 2º).

43. Firma y documento digital: concepto

Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante y que se encuentra bajo su absoluto control, pero que es susceptible de verificación por terceras personas en forma simultánea y que permite identificar al firmante, como así también detectar cualquier posible alteración del documento digital con posterioridad a su firma. Tanto el procedimiento para la firma, como la forma en que esta será verificada serán determinadas por la autoridad de aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales (art. 2º, ley 25.506).

44. Instrumentos digitales excluidos

Quedan excluidos de los instrumentos digitales las disposiciones de última voluntad, los actos jurídicos del derecho de familia, los actos personalísimos y aquellos que deben ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea por disposiciones legales que así lo establezcan, o bien por acuerdo de partes (art. 4º de la citada ley).

En cuanto a la exclusión de las disposiciones de última voluntad, parece más que evidente, puesto que para poder incluirlos debería modificarse el Cód. Civil, pero respecto a los actos jurídicos del derecho de familia, no parece ser tan claro; pareciera que no hay razón para no poder celebrar por este medio un convenio de disolución de sociedad conyugal, ya que estamos ante un convenio de contenido patrimonial que puede celebrarse sin mayores formalidades. Otro tanto ocurre respecto de los convenios de alimentos. También pareciera que es posible, por este medio, el reconocimiento de un hijo. Es que el art. 571, inc. b) del Cód. Civ. y Com. establece que el reconocimiento del hijo resultará de una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido, vale decir que no habría razón para no hacer valer un reconocimiento prestado por este medio.

45. Firma electrónica

El art. 5º de la ley 25.506 define a la firma electrónica como el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, y que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. Y conforme el art. 2º del dec. regl. 2628/2002 los certificados digitales emitidos por certificadores no licenciados son válidos para producir los efectos de la firma electrónica.

46. Diferencia en cuanto a la validez de la firma digital y la electrónica

Conforme el art. 7º de la ley 25.506 se presume salvo prueba en contrario que la firma digital perteneciente al titular del registro es válida, a diferencia de la firma electrónica en que si se desconoce la firma, corresponde a quien la invoca, acreditar su validez (art. 5º).

47. Requisitos de validez

La ley requiere para considerar como válida a la firma digital el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;

b) Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente;

c) Que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, conforme las condiciones que establece la ley y la reglamentación correspondiente para los certificados emitidos por certificadores nacionales.

En cuanto a los certificados digitales emitidos por certificadores extranjeros podrán ser reconocidos en los mismos términos y condiciones exigidos en la ley y sus normas reglamentarias, siempre y cuando se encuentre vigente un acuerdo de reciprocidad firmado por la República Argentina y el país de origen del certificador extranjero. Se requiere, además, que tales certificados sean reconocidos por un certificador licenciado en el país, que garantice su validez y vigencia en un todo de acuerdo con la ley 25.506.

CAPÍTULO XIII - MODALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

1. Concepto

Es difícil encontrar el rasgo común que permita unir sistemáticamente la condición, el plazo y el cargo bajo el concepto de modalidades de los actos jurídicos. De una manera general, se podría definirlas como aquellas estipulaciones accesorias de un acto jurídico que restan algo de su plenitud a la obligación principal, sea haciendo insegura su existencia, o limitando su exigibilidad en el tiempo, u obligando a quien resulta titular del derecho al cumplimiento de una prestación accesoria. Pero, como bien lo hace notar BUSSO, dentro de este concepto caben otras estipulaciones

accesorias y si, en definitiva, la condición, el plazo y el cargo se tratan conjuntamente es sobre todo por razones de tradición jurídica.

El Cód. Civ. y Com. regula las modalidades de los actos jurídicos en el Libro Primero, Capítulo 7 del Título IV "Hechos y actos jurídicos" en tres secciones: condición (Sección 1ª), plazo (Sección 2ª) y cargo (Sección 3ª). Así, se soluciona una reiterada crítica metodológica al tratamiento de estos institutos dentro de las cuestiones relativas a las obligaciones en general en el Cód. Civil derogado.

§ 1.— Condición

2. Distintas acepciones jurídicas de la palabra condición

La palabra condición posee varias acepciones en el derecho:

a) En primer término, designa las cláusulas que forman el contenido de una declaración de voluntad; en este sentido se habla de las condiciones de compra, de las condiciones de una licitación, etc. Con preferencia se aplica a aquellas cláusulas que se han tenido especialmente en mira al contratar y sin las cuales no se hubiera realizado el negocio jurídico; tales como la exigencia de títulos perfectos, que suele ser condición frecuente en los contratos de compraventa de inmuebles.

b) Asimismo, se emplea para designar los elementos o requisitos legales esenciales de un acto (*conditio iuris*); en este sentido se dice que el precio es condición de la existencia de la compraventa; que es condición del derecho real de hipoteca que la cosa sobre la cual recae sea inmueble.

c) En el sentido que ahora nos interesa y que será el objeto de nuestro estudio, condición significa la cláusula en virtud de la cual la eficacia o la resolución de un acto jurídico se subordina a un hecho futuro e incierto (v. art. 343 del Cód. Civ. y Com.).

3. Caracteres de la condición

De acuerdo con el art. 343 antes citado, el hecho del cual depende la eficacia o resolución de un acto jurídico debe tener los siguientes caracteres:

a) Debe ser incierto. Este es el carácter esencial de la condición; debe tratarse de un hecho que puede o no ocurrir, como un granizo, un accidente. En cambio, si se trata de un acontecimiento que fatalmente ocurrirá, como la muerte, la lluvia, se está en presencia de un plazo y no de una condición.

b) Debe ser futuro. Esta condición es totalmente lógica, pues si se tratara de un hecho pasado o presente no habría incertidumbre. La exigencia de que se trate de un acontecimiento futuro está vinculada con

la incertidumbre, que es la esencia de la condición. Puede ocurrir que las partes ignoren que el hecho ya ha ocurrido; aquel sería incierto subjetivamente, pero ello no basta para que exista condición. En realidad, aunque las partes no lo sepan, el acto produce sus efectos desde el momento de su celebración, puesto que el hecho del cual se lo hacía depender ya ha sucedido. La exigencia de que se trate de un evento futuro asegura la incertidumbre objetiva de la condición. No obstante, el nuevo Código establece en la segunda parte del art. 343 que las disposiciones de este capítulo son aplicables en cuanto fueren compatibles a la cláusula por la cual las partes sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos presentes o pasados ignorados.

A.— Clasificación de las condiciones

4. Distintos criterios

Las condiciones pueden clasificarse en: suspensivas y resolutorias; potestativas, causales y mixtas; y positivas y negativas. Nos ocuparemos de ellas en los párrafos siguientes.

5. Condiciones suspensivas y resolutorias

Esta es la clasificación de mayor trascendencia, porque derivan de ella importantes consecuencias en cuanto a sus efectos.

La condición es suspensiva cuando la eficacia del acto está subordinada al acaecimiento de un hecho futuro e incierto. Así, por ejemplo, el derecho a la indemnización estipulada en el contrato de seguro solo nacerá para el asegurado si ocurre el siniestro cubierto por la póliza respectiva. Por el contrario, es resolutoria cuando lo que depende del hecho incierto es la extinción del acto; tal sería el caso de un testamento en el que se dispusiera que una persona recibirá una determinada renta vitalicia, con la condición de que durante ese tiempo hará decir misas diarias por el alma del testador; si pasado algún tiempo, el beneficiario se negare a seguir cumpliendo con la voluntad del causante, su derecho queda extinguido o resuelto.

Cuando la condición es suspensiva, el acto no produce sus efectos sino a partir del momento en que aquella se cumple; por el contrario, si es resolutoria, los efectos comienzan a producirse desde el momento mismo de la celebración del acto (o del deceso del causante, si fuera de última voluntad), pero cesan si la condición tiene lugar.

6. Condiciones potestativas, casuales y mixtas

La condición es potestativa cuando su cumplimiento depende del arbitrio del obligado, por ejemplo: me comprometo a hacer entrega de $ 1.000, si quiero hacerlo. Es casual cuando se trata de un hecho totalmente ajeno a la voluntad de las partes; por ejemplo, el granizo, el rayo. Es mixta cuando

su cumplimiento depende en parte de la voluntad de las partes y en parte de factores extraños; por ejemplo, cuando se supedita una obligación a la realización de un viaje; es indudable que este depende en gran parte de la voluntad del obligado, pero también está subordinado a otras circunstancias, tales como la posibilidad de disponer del tiempo necesario, de conseguir medios de transporte, etc.

Interesa distinguir con precisión las condiciones puramente potestativas de las mixtas, porque las primeras provocan la nulidad del acto, no así las otras.

7. Nulidad de las obligaciones contraídas bajo condición puramente potestativa

Las condiciones puramente potestativas anulan la obligación. Esta solución se funda en que si el cumplimiento de aquella depende exclusivamente del arbitrio del deudor (art. 344 Cód. Civ. y Com.), no se puede hablar en verdad de obligación; es, cuanto más, la máscara de una obligación ficticia, según la expresión de FERRARA.

Pero para que dé lugar a la nulidad, la condición debe ser puramente potestativa, como ocurre en el caso de la cláusula "si quiero"; en cambio, si la obligación tiene algún elemento externo, aunque sea predominantemente voluntaria, debe reputarse mixta y, por consiguiente, válida. Tal es el caso de la realización de un viaje, del matrimonio y, en general, de cualquier hecho que no dependa de la voluntad arbitraria del obligado.

En la duda de si una condición es puramente potestativa o mixta, es necesario pronunciarse en el último sentido, que es el que permite reconocer validez al acto.

La condición puramente potestativa anula la obligación cuando su cumplimiento depende exclusivamente del arbitrio del deudor, pero, no si se supedita a la voluntad del acreedor; una obligación a pagar "si el acreedor lo exige" o "cuando lo exija el acreedor" es perfectamente válida.

8. Condiciones positivas y negativas

La condición es positiva si consiste en la realización de un hecho: un accidente, una curación, etc. Es negativa si consiste en una omisión o en la falta de realización de un acontecimiento, por ejemplo, que una persona no muera dentro de cierto tiempo.

A veces el carácter positivo o negativo de una condición parece depender de la forma que se le dé; así, por ejemplo, si una obligación se supedita a la circunstancia de que una persona continúe viviendo hasta tal fecha, la condición es aparentemente positiva; en cambio, si se la hace depender de que esa persona no muera hasta esa fecha, es aparentemente negativa; sin embargo, el hecho es siempre el mismo. El

criterio para resolver esta dificultad es el siguiente: debe reputarse positiva la condición cuando el hecho cambia el actual estado de cosas; negativa, cuando el estado actual de cosas no debe mutar.

B.— Condiciones imposibles, contrarias a la moral y a las buenas costumbres o ilícitas

9. El principio

El art. 344 del Cód. Civ. y Com. establece que es nulo el acto sujeto a un hecho imposible, contrario a la moral y a las buenas costumbres o prohibido por el ordenamiento jurídico o que dependa exclusivamente de la voluntad del obligado. Esta regla se justifica por sí sola. En el caso de condiciones imposibles, es evidente que el promitente no ha tenido intención de obligarse. En el caso de condiciones ilícitas o contrarias a la moral y a las buenas costumbres, su nulidad reside en que la ley no puede convalidar tales actos.

Asimismo, el citado art. 344, dispone que se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona y enuncia, a mero título ejemplificativo, la libertad de elegir domicilio, religión o la decisión sobre su estado civil.

10. Condiciones imposibles

La imposibilidad puede ser física o jurídica. Ejemplo de la primera es la condición de tocar el cielo con la mano; de la segunda, constituir una hipoteca sobre una cosa mueble. No hay que confundir imposibilidad jurídica con ilicitud; el hecho ilícito de que habla esta disposición es aquel que las partes pueden realizar materialmente, aunque sea contrario a la ley, como, por ejemplo, un delito.

La imposibilidad debe existir al tiempo de la formación del acto; si fuera sobreviniente, no anula la obligación. Debe, además, tener carácter objetivo y absoluto, derivar de la naturaleza misma de la prestación; no bastaría una imposibilidad simplemente subjetiva o personal del sujeto que debe realizarla. Si, por ejemplo, se promete una suma de dinero a un incapaz de ejercicio si se casa, la condición no es imposible (no obstante que los incapaces, como principio, no pueden contraer matrimonio) porque este puede obtener dispensa judicial para contraer matrimonio (art. 405 Cód. Civ. y Com.).

11. Requisitos para que la condición imposible no anule la obligación

Para que la condición de un hecho imposible anule la obligación se requiere: 1º) que se trate de una condición positiva, puesto que la de no hacer una cosa imposible es una condición que está cumplida *ab initio* y no afectaría la validez del acto; si se da conjuntamente con el segundo

requisito no perjudica la validez de la obligación, simplemente se la tiene como no escrita; 2º) que sea una condición suspensiva, en efecto, cuando se sujeta la resolución de una obligación a un hecho imposible, debe presumirse que quien se obliga ha tenido intención de hacerlo desde el mismo momento de la celebración del acto irrevocablemente (si te prometo la entrega de un bien determinado el día en que no toques el cielo con las manos, es como si el acto no estuviera sujeto a ninguna condición haciéndose acreedor al bien desde el primer momento porque el hecho imposible jamás podrá cumplirse). Como en el caso anterior, la condición debe tenerse por no escrita.

12. Condiciones que se tienen por no escritas

El último párrafo del art. 344 antes citado se refiere, como vimos, a aquellas condiciones que se tienen por no escritas por lo que el acto jurídico es puro y simple. El derogado art. 531 del Cód. Civil disponía que eran "especialmente" prohibidas las condiciones que enumeraba en sus cuatro incisos que ahora son receptadas sin casuismo y con pautas más genéricas: aquellas que afecten de modo grave las libertades de la persona y, a modo de ejemplo y de manera meramente enunciativa, se puntualiza la de elegir domicilio o religión o la que afecte la decisión sobre su estado civil que, por su claridad, se explican por sí solas.

13. Mala fe

El art. 345 del Cód. Civ. y Com. dispone, a modo de sanción, que el incumplimiento de la condición no puede ser invocado por la parte que de mala fe impide su realización. En consecuencia, aquel que maliciosamente frustra el acaecimiento de la condición no puede alegar que la misma no se haya verificado. Se trata, en definitiva, de una aplicación del principio de buena fe consagrado en el art. 9º del citado ordenamiento.

C.— Efectos

14. Irretroactividad

En materia de efectos de la condición, el art. 346 del Cód. Civ. y Com. trae una novedad pues modifica el principio general que sentaba el art. 543 del Cód. Civil derogado que disponía que, cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraían al día en que se había contraído la obligación. Esa regla distaba de ser rígida pues existían importantes excepciones en beneficio de los terceros de buena fe.

En el régimen actual, el principio general es la irretroactividad de las condiciones suspensivas y resolutorias, salvo pacto en contrario. Vale decir, la condición produce efectos hacia el futuro (*ex nunc*), salvo cuando las partes, de común acuerdo, dispongan que la condición tenga efectos retroactivos.

15. Condición pendiente

El negocio jurídico condicional supone un estado de pendencia pues la adquisición del derecho depende del efectivo cumplimiento de la condición. Existen, pues, derechos y obligaciones eventuales o virtuales, que la ley no puede ignorar y que producen consecuencias jurídicas.

En razón de ello, el art. 347 del Cód. Civ. y Com. autoriza al titular de un derecho supeditado a condición suspensiva a solicitar medidas conservatorias. Del mismo modo, el adquirente de un derecho sujeto a condición resolutoria puede ejercerlo, pero la otra parte también puede solicitarla.

Se entiende por medidas conservatorias aquellas que los jueces consideren indispensables para la garantía y tutela de los derechos (v.gr. la solicitud de medidas cautelares: embargo y anotación de litis).

La norma en cuestión sienta, también, el deber de obrar de buena fe mientras la condición no se haya cumplido para no perjudicar en su derecho a la contraparte. Se trata de otra aplicación, en la materia, del principio de buena fe (art. 9º antes cit.).

D.— Cumplimiento de la condición

16. Principio general

Cumplida la condición (art. 348, Cód. Civ. y Com.), suspensiva o resolutoria, las partes quedan obligadas a entregarse o restituirse las prestaciones convenidas aplicándose los efectos correspondientes a la naturaleza del acto concertado, a sus fines y objeto.

En la condición suspensiva, acaecido el suceso futuro e incierto, aquel que era titular de un derecho condicional puede hacer efectivo y ejercer todas las facultades inherentes a su derecho lo que varía según el tipo de acto jurídico de que se trate.

Por su parte, producida la condición resolutoria, el acto se tiene por no celebrado. Consecuencia lógica y fundamental, es la obligación de restituir lo que se hubiere entregado al momento de celebrarse el acto resuelto.

En el caso de haberse pactado la retroactividad de la condición (art. 348, segundo párrafo, Cód. Civ. y Com.), el cumplimiento de la condición obliga a las partes a la entrega recíproca de lo que hubiera correspondido al tiempo de la celebración del acto.

En la condición suspensiva, su producción, determina que el acto adquiera plena eficacia como si fuera un negocio puro y simple, lo que opera retroactivamente a la fecha de otorgamiento del acto.

De su lado, en la condición resolutoria, su cumplimiento provoca la extinción de sus efectos con efectos retroactivos a su celebración.

La norma deja a salvo los actos de administración, que deben reputarse válidos y ser respetados por la otra parte; mientras que, los frutos quedan a favor de la parte que los percibió.

17. Condición suspensiva que no se cumple

El art. 349 del Cód. Civ. y Com. trata el supuesto del acto celebrado bajo condición suspensiva que se ejecuta antes del cumplimiento de la condición y luego resulta que esta no se cumple disponiendo que debe restituirse el objeto con sus accesorios pero no los frutos percibidos.

Es que ejecutado el acto que confería solo un derecho eventual o virtual, frente a la frustración de la condición suspensiva a que se encontraba supeditado su ejercicio, corresponde que se restituya el objeto con sus accesorios pero los frutos puede conservarlos el entonces titular del derecho condicionado.

§ 2.— Plazo

A.— Concepto y caracteres

18. Concepto

Plazo o término es la cláusula en virtud de la cual se difieren o se limitan en el tiempo los efectos de un acto jurídico. A diferencia de la condición, que puede o no suceder, y que, por consiguiente, es esencialmente incierta, el plazo ha de ocurrir fatalmente. De ahí surge esta consecuencia: de la condición depende la existencia misma de la obligación, mientras que cuando media plazo solo está en juego su exigibilidad.

19. Actos que pueden someterse a plazo

En principio, todos los actos pueden someterse a plazo. Solo por excepción y casi siempre por razones de orden moral, la ley lo prohíbe en algunos casos. Así, por ejemplo, la aceptación o renuncia de la herencia (art. 2287, Cód. Civ. y Com.) bajo modalidades (y el plazo es una modalidad de los actos jurídicos) se tiene por no hecha.

20. En beneficio de quién se supone establecido

En el régimen actual (art. 351), el plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, salvo que por la naturaleza del acto, o por otras circunstancias, resulte que ha sido previsto a favor del acreedor o de ambas partes.

La norma en cuestión ha modificado el art. 570 del Cód. Civil derogado que lo presumía establecido en favor de ambas partes, a no ser que por

el objeto de la obligación o por otras circunstancias resultare haberse puesto en favor del deudor o del acreedor.

La cuestión tiene importancia, pues en la actualidad, como el plazo se presume establecido a favor del deudor, este puede pagar antes de su expiración.

La excepción a este nuevo principio, consistente en que el plazo se presume establecido en beneficio del deudor, está configurada por aquellos actos que, por su naturaleza o por otras circunstancias, surja que se fijó en favor del acreedor o de ambas partes. Por ejemplo, en los préstamos de dinero con interés es evidente que el plazo favorece no solo al deudor, sino también al acreedor, pues durante todo el término corren los intereses y es posible que no tenga oportunidad de hacer otra inversión igualmente conveniente de su capital.

21. Pago anticipado

Puede ocurrir que el deudor cumpla antes de la expiración del plazo en cuyo caso no puede obtener la repetición de lo pagado (art. 352 del Cód. Civ. y Com.). Se entiende, así, que el deudor que anticipa el cumplimiento de lo que debe renuncia al plazo que lo beneficiaba y no puede pretender repetir (que se le devuelva) el pago. La repetición solo se justifica cuando se paga lo que no se debe. Si lo pagado se debía, no debe haber lugar a repetición aunque hubiera plazo pendiente.

B.— Clasificación

22. Suspensivo y resolutorio

El plazo es suspensivo, cuando se difieren los efectos del acto jurídico hasta el cumplimiento del término fijado; tal es el caso de un pagaré que debe hacerse efectivo a los noventa días de la fecha. En cambio, es resolutorio cuando se limitan hasta cierto momento los efectos del acto; como ocurre en la renta vitalicia, que subsiste hasta la muerte del beneficiario.

23. Cierto e incierto

El plazo es cierto cuando la fecha de su cumplimiento está determinada con precisión, sea por la designación expresa del día (31 de diciembre de 2015), o por fijación de un número de días a partir de la fecha del acto (treinta, noventa, ciento veinte, ciento ochenta días, etc.), o por la determinación de un acontecimiento que ha de ocurrir fatalmente en un cierto día (el próximo plenilunio). El plazo es incierto cuando no se sabe la fecha en que ha de cumplirse; tal, por ejemplo, si se supedita la subsistencia de una obligación a la muerte de una persona, o a la próxima lluvia, etc.

Es necesario destacar que la incertidumbre del plazo es muy distinta de la que es propia de la condición. En esta, la incertidumbre significa que no se sabe si el acontecimiento ocurrirá o no; nada de esto sucede con el plazo incierto; el cumplimiento de este se ha de producir fatalmente, pero no se sabe cuándo. Lo incierto es solamente la fecha.

24. Expreso y tácito

El plazo puede ser expreso o tácito. La forma normal de establecerlo es la primera porque, en caso de duda, la obligación debe reputarse pura y simple. Pero el término puede surgir implícitamente de la naturaleza del acto. Así, por ejemplo, en el contrato de transporte, aunque no se estipule plazo, es evidente que el transportador no está obligado a hacer entrega de la cosa en el lugar de destino antes del tiempo necesario para llevarla.

25. Legal, judicial y voluntario

El plazo es legal si surge de la ley, como son los términos fijados por el Código de Procedimientos para la actuación en justicia. Es judicial si está fijado en la sentencia o resolución judicial, a menos que se trate del acto jurídico de plazo incierto en el cual el juez es llamado por las partes para su fijación. En tal caso, el magistrado no hace sino interpretar o integrar la voluntad de las partes y el plazo debe reputarse voluntario. Finalmente, es voluntario cuando ha sido establecido por los otorgantes del acto.

El plazo voluntario es el único que cae dentro del concepto de modalidad de los actos jurídicos.

C.— Caducidad del plazo

26. Distintas causales

Por motivos diversos la ley suele disponer la caducidad del plazo establecido en los actos jurídicos, en cuyo caso el obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo. Bajo tales circunstancias, el acreedor puede perseguir el cobro de su crédito no obstante que el término no esté vencido.

Las situaciones expresamente previstas en el art. 353 del Cód. Civ. y Com. son las siguientes: a) quiebra del deudor; b) disminución por acto propio de las seguridades otorgadas al acreedor; c) no haber constituido las garantías prometidas.

Estas situaciones son meramente enunciativas pues se las menciona "entre otros supuestos relevantes".

Los actos y omisiones del deudor contemplados en los puntos b) y c) precedentes, al igual que *los otros supuestos relevantes* que menciona la norma, configuran situaciones de hecho y prueba que, como tales, deben ser demostradas por el acreedor que pretenda privar al deudor del beneficio del plazo pendiente y así obtener la exigibilidad de su crédito.

27. Concurso preventivo

La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo y deja a salvo los derechos del acreedor de verificar su crédito de acuerdo con la legislación concursal (art. 32, ley 24.522).

§ 3.— Cargo

28. Concepto

El modo o cargo es una obligación accesoria que se impone al que recibe una liberalidad. Tal es, por ejemplo, la que se impone al legatario de hacer decir misas por el alma del causante.

En nuestra doctrina se ha sostenido que si bien lo normal y corriente es que los cargos solo se impongan en los actos que importan una liberalidad, esto no hace a la esencia del modo, que bien podría imponerse en un contrato oneroso (Busso, Salvat, Lafaille, Machado).

El cargo es siempre una obligación accesoria (art. 354 del Cód. Civ. y Com.); no impide los efectos del acto, salvo que su cumplimiento se haya previsto como condición suspensiva. Tampoco los resuelve, excepto que se haya estipulado como condición resolutoria. En caso de duda, se entiende que tal condición no existe.

A veces un mismo acto puede tener el carácter de condición o de cargo. Así, por ejemplo, un legado puede hacerse con la condición o con el cargo de que el beneficiario haga una donación a una institución filantrópica. La diferencia es muy importante por los efectos inherentes a una y otra modalidad: a) el incumplimiento de la condición trae aparejada la extinción del beneficio; el incumplimiento del cargo no; salvo que se haya estipulado como condición resolutoria; b) los interesados pueden exigir judicialmente el cumplimiento del cargo, cosa que no podrían hacer si fuera condición.

Ahora bien, es posible que de la cláusula en que se establece el beneficio no resulte claro si la obligación impuesta al beneficiario es cargo o condición; en caso de duda, se juzgará que importa un simple cargo. La ley se inclina, con acierto, por la solución menos severa.

29. Crítica del Código

La redacción de los arts. 354 y ss. del Cód. Civ. y Com. (como ocurría con los derogados arts. 558 y ss. del Cód. Civil), relativa a los cargos, ha sido, sin duda, poco feliz. Se entremezclan y confunden conceptos tan fácilmente diferenciables como cargo y condición. Así, por ejemplo, se alude a los efectos de los cargos que no fueran impuestos como condición suspensiva o resolutoria, lo cual es evidentemente inútil, porque si es condición no es cargo, y viceversa.

30. Casos en que el incumplimiento del cargo provoca la pérdida del derecho

La regla de que el incumplimiento del cargo no afecta el derecho en sí, sufre algunas excepciones expresamente establecidas en la ley.

a) En caso de donación, el donante puede pedir la revocación por incumplimiento de los cargos (art. 1570), pero los terceros a quienes el donatario haya transmitido los bienes gravados pueden impedir los efectos de la revocación ofreciendo ejecutar el cargo si las prestaciones que lo constituyen no deben ser ejecutadas precisa y personalmente por aquel.

b) El incumplimiento del cargo autoriza también la revocación del legado pues el art. 2496, último párrafo, del Cód. Civ. y Com. remite a las normas relativas a las donaciones con cargo.

c) Si se tratase de cargos que importan obligaciones inherentes a la persona del beneficiario, y este falleciese sin haberlos cumplido, la adquisición del derecho principal queda sin efecto, volviendo los bienes al titular originario o a sus herederos (art. 356, Cód. Civ. y Com.).

31. Tiempo de cumplimiento

El art. 355 del Cód. Civ. y Com. dispone que al plazo de ejecución del cargo se aplica lo dispuesto en el art. 350 y concordantes del citado ordenamiento. En rigor, la norma reenviada nada dispone sobre el plazo de ejecución del cargo. Solo se refiere a que la exigibilidad o extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo. Esto implica que el cumplimiento del cargo puede estar sometido a un plazo.

Puede ocurrir que el plazo al cual se difiere la ejecución del cargo sea cierto con lo que debe cumplirse el día de su vencimiento. Si el plazo es tácito, en el tiempo en que, según su naturaleza y circunstancias, debe cumplirse. Por último, si el plazo es indeterminado, las partes pueden solicitar al juez su fijación, quien lo debe determinar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local (conf. art. 871 del Cód. Civ. y Com.).

32. Cargo prohibido

En el régimen anterior, el cargo imposible, ilícito o inmoral, tornaba nulo el acto de liberalidad en que hubiere sido impuesto (art. 564, Cód. Civ. derogado). La solución que trae el art. 357 del Cód. Civ. y Com. es bien distinta pues si el cargo consiste en un hecho imposible, contrario a la moral y a las buenas costumbres, prohibido por el ordenamiento jurídico o depende exclusivamente de la voluntad del obligado, se tiene por no escrito, pero no provoca la nulidad del acto jurídico que produce plenos efectos.

CAPÍTULO XIV - VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

I — ERROR

§ 1.— ERROR DE HECHO

A.— LA TEORÍA DEL ERROR EN EL CÓDIGO CIVIL

1. El error en el Código Civil

Según la doctrina de la voluntad, cuya crítica hiciéramos oportunamente (v. nro. 583), el consentimiento, para tener efectos jurídicos, debe ser expresado con discernimiento, intención y libertad. Ahora bien, como la seguridad de los negocios exige conferir valor, en principio, a las situaciones aparentes, el consentimiento se presume válido en tanto el que lo prestó no demuestre que ha estado viciado por error, dolo o violencia. Pero si concurre alguno de estos vicios, el acto es anulable, porque ellos suponen la falta de un elemento esencial de la voluntad: en los dos primeros falta intención; en el último, libertad.

Esta teoría, muy difundida aun entre juristas modernos y que VÉLEZ SARSFIELD acogió en los arts. 921 y 922 del Cód. Civil y que ha sido reiterada en el Cód. Civ. y Com. en el art. 261, es a nuestro juicio falsa.

Se parte de la base de que solo una voluntad manifestada en forma perfecta y con un conocimiento pleno del asunto es válida. Pero esta es una posibilidad que se da rara vez en los negocios jurídicos. Generalmente, llevamos a cabo los negocios y transacciones bajo la presión de nuestras necesidades (lo que implica falta de libertad) o sin haber podido estudiar las consecuencias que más tarde nos serán perjudiciales. El error en la consideración de un negocio cualquiera no solo es frecuente, sino casi inevitable. Si estas fueran causas de nulidad, prácticamente todas las transacciones humanas estarían sujetas a tal sanción. Es tan evidente esta conclusión que los propios sostenedores de la teoría de los vicios del consentimiento han debido admitir importantes limitaciones. No todo error es causa de nulidad; así, por ejemplo, no lo es el que recae sobre los motivos o las calidades accidentales de la cosa; aunque sea esencial; tampoco origina la anulabilidad del acto el dolo recíproco (art. 272, Cód. Civ. y Com.). Y sin embargo en todos estos casos la voluntad está viciada. Esta contradicción es insoluble en la teoría de los vicios del consentimiento.

Es necesario refirmar que los procesos internos de la persona que manifiesta su voluntad son irrelevantes; ellos no pueden ser aprehendidos por el derecho sino en tanto hayan tenido manifestación exterior (v. nros. 583 y ss.). El verdadero fundamento de la anulación de los actos celebrados con dolo o violencia es el hecho ilícito; porque si tales actos fueran válidos, ello importaría establecer el imperio de la mala fe y el delito. No es necesario recurrir a sutiles y complicadas teorías jurídicas para explicar lo que se explica por sí mismo. En cambio, no es posible hallar una justificación satisfactoria a las nulidades que se pretenden fundar en el error de las partes.

2. Error esencial y error accidental

La falibilidad humana es tal que si cualquier error diera lugar a la anulación de los actos jurídicos, las nulidades serían frecuentísimas. Se ha hecho necesario, por consiguiente, introducir una distinción entre el error esencial y el accidental. El primero es aquel que se refiere al elemento del contrato que se ha tenido especialmente en mira al celebrarlo; solo él da lugar a la anulación del acto. En cambio, el error que recae sobre circunstancias secundarias o accidentales no es suficiente para provocar la invalidez. El criterio que permite distinguir si el elemento del negocio ha sido obra esencial es eminentemente objetivo; dependerá de lo que ordinariamente, en la práctica de los negocios, se tenga por tal; y nadie puede pretender que una cualidad o persona ha sido determinante de su consentimiento si, objetivamente considerada, no es esencial. Tal sería el caso de la diferencia de pelaje de un caballo cuando se lo adquirió, salvo que esa cualidad accidental haya sido exigida expresamente como condición por la parte interesada al adquirirlo; pero en tal caso el fundamento de la invalidez no será el error, sino la falta de una de las condiciones exigidas en el acto.

Para evitar dudas nuestro Código ha enumerado expresamente los casos de error esencial:

a) El que recae sobre la naturaleza del acto (art. 267, inc. a] Cód. Civ. y Com.); por ejemplo: yo me propongo venderte una casa y tú entiendes recibirla en donación o en alquiler.

b) El que recae sobre un bien diverso que el que se pretendió designar (art. 267, inc. b], Cód. Civ. y Com.); yo entiendo venderte mi casa de Buenos Aires y tú aceptas comprar la de Córdoba.

c) El que recae sobre la especie del acto (art. 267, inc. b] Cód. Civ. y Com.). Este es un supuesto típico de falsa causa y deben, por consiguiente, aplicarse los principios relativos a ese elemento esencial de los actos jurídicos.

d) El que recae sobre las cualidades sustanciales de la cosa (art. 267, inc. c] Cód. Civ. y Com.). El concepto de sustancia o cualidad sustancial ha dado lugar a dificultades, pero la doctrina moderna está ya de acuerdo en afirmar que debe tenerse por tal aquella cualidad que las partes han tenido en mira como sustancial o esencial en su negocio jurídico; en otras palabras, aquella sin la cual no hubiesen contratado. Para juzgar si la cualidad ha sido o no sustancial el juez no debe aplicar un criterio subjetivo, poniéndose en el lugar de la persona misma que contrató, sino que debe apreciar su importancia de acuerdo con las circunstancias y la práctica de los negocios.

e) El que recae sobre la persona del otro contratante (art. 267, inc. e] Cód. Civ. y Com.), siempre que la consideración de ella haya sido esencial en la conclusión del contrato. Si encargo un retrato, la persona del pintor tiene una importancia fundamental; si presto una suma de dinero, el prestatario debe ser cuidadosamente elegido, tener solvencia material y moral; si alquilo una propiedad, me interesa que el inquilino cuide la casa, pague los alquileres, etc. En cambio, si compro mercadería al contado, la persona del vendedor poco me importa. Solo los contratos celebrados *intuitu personae* pueden ser anulados por error, y siempre que este haya sido determinante.

3. Error reconocible

Según los arts. 265 y 266 del Cód. Civ. y Com., no todo error puede fundar un pedido de nulidad del acto jurídico; para que ocurra es necesario que sea esencial y, en el caso de actos bilaterales o unilaterales recepticios, además debe ser reconocible. El error reconocible es cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar, en cuyo caso el error es inexcusable, ya que quien ha incurrido en él no puede pretender la nulidad del acto. Esta incorporación, novedosa de por sí, y que no había sido considerada en el Código derogado, permite admitir el vicio cuando la otra parte pudo reconocer que se incurrió en error según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Es decir, quien erra podrá incurrir en negligencia o no, pero la diligencia determinante ahora está puesta en el receptor de la voluntad viciada.

En Código italiano de 1942, fuente del art. 266, resulta más claro y establece en su art. 1431 que "el error se considera reconocible cuando, en relación con el contenido o de las circunstancias del contrato o de la calidad de las partes contratantes, una persona normalmente diligente podría detectarlo".

Entendemos que dicha previsión viene a subsanar una situación que podría devenir injusta. Esto es, si la parte declarante ha incurrido en error y la parte receptora ha sido diligente, y pese a su conducta proba no lo

pudo advertir, mal puede producir la nulidad del contrato con los consecuentes perjuicios que podría acarrearle.

Distinto es el caso cuando la parte receptora de la declaración de voluntad no ha actuado diligentemente y, como consecuencia de su negligencia, no ha advertido el error en que incurría la otra parte contratante. Este último es el supuesto contemplado en el art. 266 del Cód. Civ. y Com.

Debemos advertir que el art. 266 se refiere exclusivamente a la potencialidad del reconocimiento cuando expresa "lo pudo conocer" pero no lo hizo porque fue negligente en su actuar. Si, por ejemplo, una persona con movilidad reducida quisiera adquirir un automóvil adaptable a sus necesidades, el vendedor de una concesionaria estará en condiciones de advertirle si el auto elegido por aquella responde a sus requerimientos y necesidades (causa subjetiva). Si al celebrarse la compraventa el auto que adquirido no se adapta a las necesidades del adquirente, esta sería pasible de anulación por ser un error que recae sobre un elemento del acto jurídico (la causa) que lo hace esencial y, a su vez, cumple con el requisito de ser reconocido, por cuanto el vendedor teniendo en cuenta "la naturaleza del acto, las circunstancias de la persona, tiempo y lugar" —en el caso las circunstancias de la persona y naturaleza del contrato, sería dedicarse a la venta de automotores, lo que le otorga ciertos conocimientos sobre estos—debería haberlo reconocido.

Destacamos que el error reconocible descansa sobre la potencialidad del reconocimiento. En caso de haber tomado conocimiento efectivo del error, y no haberlo comunicado a la contraparte, ya no estaríamos en presencia del vicio de error, sino de dolo por omisión.

Como sostiene QUIRNO, cabe aplicar aquí la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas, con estándar del cuidado y previsión que debe operar quien celebra el acto.

4. Error en la declaración

El art. 270 del Cód. Civ. y Com. expresa que las disposiciones de los artículos de ese Capítulo son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión. Es decir, que cuando existe discordancia entre lo pensado y lo declarado se produce la nulidad del acto. Ahora bien si el error en la declaración puede ser superado a través de una interpretación integradora, no habría lugar a la anulación según TANZI.

Lamentablemente el codificador ha mantenido el criterio de mantener el error como vicio del acto jurídico, que como veremos a continuación no estamos ante el error, sino que estamos ante una acción dolosa o bien ante un fraude.

B.— CRÍTICA DE LA TEORÍA DEL ERROR

5. Es inadmisible desde el punto de vista teórico

Teóricamente la anulación de un acto jurídico por error de los contratantes no tiene justificación.

Esta conclusión resulta a todas luces evidente si se acepta la teoría de la declaración de la voluntad, como lo hemos hecho nosotros (v. nros. 583 y ss.). En efecto, si lo que tiene valor en la formación de los actos jurídicos es la voluntad tal como se la ha manifestado, no interesan las razones o motivos puramente psicológicos e internos que dieron origen a la falta de coincidencia entre la intención y la voluntad declarada; el error no justifica, por consiguiente, la anulación.

Tampoco se justifica dentro de la teoría de la voluntad psicológica; si el error fuera motivo de nulidad, no es aventurado decir que todos los actos serían nulos, puesto que el hombre sale constantemente de un error para caer en otro, según lo dice con verdad LAURENT.

Ello ha obligado a los sostenedores de esta teoría a introducir la distinción entre error esencial y accidental, distinción evidentemente arbitraria. Si lo que da lugar a la nulidad es que la voluntad está viciada, ¿por qué el error sobre los motivos, que tan profundamente vicia el consentimiento, no es causal de nulidad? Se dice que de lo contrario las nulidades se multiplicarían con grave peligro de la seguridad del comercio. Pero la explicación no es satisfactoria. Porque si en ambos casos el consentimiento está viciado, en los dos la consecuencia debe ser la misma.

La verdad es que mientras que el error permanece en la intimidad del sujeto, es decir, mientras el otro contratante no ha podido conocerlo, no puede producir efectos jurídicos. Una sanción tan grave como la nulidad debe tener una base objetiva, seria y concreta y no puede fundarse en procesos puramente internos, cuya prueba será siempre, o casi siempre, imposible. Ni el mismo diablo conoce la intención del hombre, como lo dijo un juez inglés.

Si, por el contrario, el error se ha exteriorizado en el momento del contrato, la teoría del error deja de ser aplicable y el caso debe resolverse por los principios relativos al dolo o la condición (v. nro. 738).

Finalmente, hay una razón de justicia y de equidad que obliga a rechazar la anulación de un acto por error. Es inicuo que en una relación contractual el legislador se coloque de parte de quien, por descuido, por no tomar las debidas precauciones o por cualquier otra razón, se equivocó y no de parte de quien obró en sus negocios con la debida atención y diligencia y que nada tiene que reprocharse. La sanción de la nulidad perjudica, en efecto, a quien no incurrió en error.

6. Error sobre la naturaleza y sobre el objeto del acto

En estos casos, la teoría del error no juega ningún papel. Si entiendo venderte mi casa y tú crees recibirla en donación (error sobre la naturaleza del acto), simplemente no hay contrato, puesto que este supone un acuerdo de voluntades y en nuestro caso ha habido disentimiento. Lo mismo ocurre si yo deseo vender mi casa de Buenos Aires y tú entiendes comprar la de Córdoba (error sobre el objeto). En ambas hipótesis existe lo que la doctrina francesa llama error obstáculo, porque impide la formación del contrato. Es obvio que el acto no se anula por error; en verdad, el acto no ha existido en ningún momento y por tanto es imposible anularlo.

7. Es inaplicable desde el punto de vista práctico

No solo la teoría del error es teóricamente inaceptable, sino que, en la práctica, es de aplicación imposible. Eliminadas las hipótesis de error sobre la naturaleza, la causa y el objeto, solo nos resta considerar las de error sobre la sustancia y la persona. Lo haremos separadamente.

8. a) Error sobre las cualidades sustanciales

Ante todo y como observación aplicable a todo género de error, sea sobre la sustancia, la persona, etc., debemos hacer notar que si este es provocado por engaños o cualquier clase de maquinación dolosa, la nulidad del acto se fundará en el dolo y no en el error. Y si este ha sido determinado por falta de una cualidad o persona exigida por la cláusula expresa del contrato, la invalidez se fundará en el incumplimiento de una de las condiciones. Así, por ejemplo; A vende a B mercaderías de tipo, clase y características especiales; luego resulta que las mercaderías que tenía disponibles A no llenan las condiciones requeridas en el contrato: el acto será resoluble por ello y no nulo por error. Y estrictamente no ha habido error del comprador, pues justamente porque no sabía cómo eran las mercaderías de que disponía A, especificó detalladamente en el contrato las características de las que él deseaba comprar.

Es lógico, pues, que exista un acuerdo prácticamente unánime en la doctrina en el sentido de que la teoría del error no es aplicable en los casos de dolo o de falta de condición expresada en el contrato. ¿Queda todavía alguna posibilidad de aplicarla? Veamos un ejemplo práctico. Entro a un negocio a comprar un cuadro de Rafael. Le expreso mi deseo al vendedor, quien me vende un cuadro que no es del artista de mi preferencia. Si el vendedor sabía que no era de Rafael es evidente que incurrió en dolo; la venta sería anulable por ese motivo. Si el vendedor creía de buena fe que era de Rafael y estaba equivocado, la compra será resoluble, porque falta una condición expresamente exigida por mí. Queda todavía otra posibilidad; que al comprar el cuadro, yo no haya dicho nada que creía que era de Rafael y que el vendedor ignorara, por lo tanto, mi creencia y mi deseo. Es decir, no ha habido dolo del vendedor,

ni condición exigida por mi parte. Este es el caso de error *in mente retenta*, único en el que tendría sentido práctico la teoría del error, ya que no hay vicios concurrentes que permitan por sí la anulación del acto.

¿Pero ese error *in mente retenta* puede justificar la anulación del acto? Indiscutiblemente, no. Ante todo, para que el error pueda provocar la anulación, debe ser reconocible (art. 266, Cód. Civ. y Com.). Y quien no ha tenido la precaución de exteriorizar su pensamiento respecto de un punto capital del negocio jurídico que realiza, indudablemente ha incurrido en negligencia culpable: su error no es excusable.

Además, los jueces, que deben ser prudentes en sus decisiones y que, en caso de duda, deben inclinarse por la validez del acto, no pueden admitir un pretendido error que nunca ha salido de la mente del que afirma haber incurrido en él y cuya prueba es prácticamente imposible. Lo que admitirá la jurisprudencia, dice DEMOLOMBE, es que dos personas que tratan sobre un objeto determinado, visto y apreciado por ellas, sin ninguna explicación al respecto, entienden sin duda tratar sobre ese objeto tal como aparece en su identidad exterior y visible. Más aún: el silencio de uno de los contratantes sobre la cualidad para él sustancial en el negocio puede importar un verdadero dolo; en el ejemplo del cuadro de Rafael, yo puedo callar que creo que el cuadro pertenece a aquel autor con la esperanza de que el vendedor no lo sepa y me lo venda a un precio menor del real.

En conclusión: el error *in mente retenta* no puede admitirse como causal de nulidad de los actos jurídicos, con lo cual se cierra la última posibilidad de aplicación práctica de la teoría del error.

9. b) Error sobre la persona

Como en el caso anterior, analizaremos sobre la base de un ejemplo las posibilidades de aplicación práctica del error. Tomemos un contrato de locación, en el cual la persona del inquilino tiene una indudable importancia. Alquilo mi casa a una persona, creyéndola X, de quien sé que es hombre de fortuna y probidad; pero en realidad el inquilino resulta ser N, sujeto insolvente y de malos antecedentes. En tal caso, no caben sino dos posibilidades: o bien yo he manifestado mi creencia de contratar con X, y N lo ha admitido expresa o tácitamente, en cuyo caso existe dolo y el contrato es anulable por tal causa; o bien ni yo ni el otro contratante hemos dicho nada sobre el particular. En tal hipótesis, mi error sobre la identidad o sobre las cualidades morales o económicas del inquilino es simplemente un error *in mente retenta* que, según ya lo hemos dicho, no produce efectos jurídicos; pero en este caso el repudio de tal error como causal de nulidad se impone por una razón más, de trascendental importancia: admitirlo cuando hubiera recaído sobre la solvencia o los antecedentes morales de una persona sería crear una nueva incapacidad

jurídica. Un ex condenado por hurtos o estafas, que hubiera purgado su delito, no podría tener ninguna seguridad en sus negocios o transacciones, porque quienes contratasen con él podrían afirmar más tarde, para desligarse de sus obligaciones, que creyeron contratar con una persona de antecedentes honestos y que el error sufrido les da derecho a reclamar la nulidad del acto. Y aquí ni siquiera se puede argumentar con la dificultad de la prueba del error, porque ¿qué prueba más fácil de producir que la de que se creía contratar con una persona de antecedentes honorables?

A igual conclusión se llega cuando se considera el error en el matrimonio o en los actos unilaterales.

En definitiva: el error sobre la persona en ningún caso puede dar lugar a la anulación de un acto, salvo cuando se trate de obligaciones *intuite personae*.

10. La jurisprudencia

El análisis de la jurisprudencia de los tribunales corrobora plenamente nuestra tesis acerca del error.

Ante todo, es dable destacar que siendo el error en los contratantes frecuentísimo, son poco numerosos los casos en que los jueces se apoyan en él para declarar la invalidez; parecería haber una desconfianza, una intuición de que esto no es motivo suficiente de nulidad. Un examen prolijo de todos esos fallos permite formular las siguientes observaciones: a) salvo raras excepciones, en ninguno de los casos publicados en nuestros repertorios se ha declarado la anulación de un acto por el solo vicio del error; siempre hay otro factor de invalidez capaz por sí de provocar ese resultado; b) ya resulta sugestivo que el error nunca o casi nunca haya funcionado solo, como causal de anulación; pero hay algo más: si se profundiza en el análisis de cada caso, se verá que en verdad la razón de la invalidez no ha sido el error, sino el dolo, la falta de una condición exigida en el contrato, o la falta de causa. Si los jueces invocan a veces el error es porque se trata de un expediente cómodo, que evita entrar en análisis más profundos de la cuestión.

Se dirá quizá que el hecho de que nuestros repertorios de jurisprudencia no registren ningún caso en que el error haya sido la causa única y determinante de la nulidad del acto no excluye la posibilidad teórica y práctica de que aquel vicio pueda realmente ser motivo de invalidez. Pero es sin duda sugestivo que hasta hoy no haya sido posible hacer jugar a esta teoría ningún papel efectivo en la anulación de los actos jurídicos; que siempre, invariablemente siempre, se haya pedido efectuar la nulidad por otra razón concomitante. Agreguemos todavía que, un prolijo examen de las jurisprudencias francesa e italiana permite llegar a

idénticas conclusiones. ¿No está indicando todo esto que la teoría del error es por lo menos inútil?

C.— Error de expresión o "de pluma" o de cálculo

11. Cuándo procede la rectificación

Los términos error de expresión, de pluma o de cálculo son perfectamente asimilables como veremos a continuación, aunque no podemos dejar de señalar que el codificador en su art. 270 se refiere al error en la declaración de voluntad y en su transmisión, que no es otra cosa que el llamado error de pluma o error impropio y el art. 268 que prevé expresamente el error de cálculo.

Puede ocurrir que uno de los contratantes, al pronunciar o escribir cierta palabra o cantidad, declare una distinta de la que había pensado, debido a un error de expresión. Por ejemplo, quiero comprar un cuadro de Rafael y digo de Miguel Ángel; quiero comprar diez lápices, pero escribo cien. Aquí estamos ante un claro error impropio.

Si la parte que recibe la oferta trata de buena fe, en consideración a los términos o cifras empleados, el contrato es válido tal como resulta de las cantidades o calidades declaradas. Es la solución que impone la seguridad del comercio jurídico. Pero la contraparte no puede ampararse de mala fe en una expresión errónea. Siempre que del cuerpo mismo de la declaración de voluntad, sea verbal o escrita, pueda inferirse claramente la voluntad real del contratante, es esta la que debe primar. Tampoco puede escudarse la otra parte en el error del declarante si este ha quedado de manifiesto por el carácter irrazonable o extravagante de la oferta. Tal es el caso de que se ofrezca una partida de aceite de nabo a $ 8,50 los cien kilogramos, cuando ese es el valor de plaza por cada diez kilogramos.

En estos casos, el error no da lugar a la anulación del contrato, sino a la rectificación de los términos de la declaración. En el ejemplo que hemos dado, si el que recibe la oferta del aceite de nabo, una vez rectificado el error, acepta el precio pedido, el contrato quedaría concluido sin posibilidad para el ofertante de alegar su nulidad. Por idénticas razones, el error de cálculo debe ser corregido, rectificando el total con base en las cifras parciales y no da lugar a la nulidad del acto. Así, el art. 268 del Cód. Civ. y Com. expresamente establece que "el error de cálculo no da lugar a la nulidad del acto, sino solamente a su rectificación, excepto que sea determinante del consentimiento".

§ 2.— Error de derecho

12. El error de derecho como vicio de los actos jurídicos

El art. 923 del Código derogado establecía que la ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedía los efectos legales de los actos lícitos, ni excusaba la responsabilidad por los actos ilícitos. A su vez, el art. 20 del Cód. Civil establecía que "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley". Hoy el nuevo Cód. Civ. y Com. establece en el art. 8º que "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico".

El error de derecho no es, por consiguiente, un vicio de los actos jurídicos; nadie puede ampararse en él para eludir las responsabilidades legales o convencionales emergentes de sus actos. En apoyo de esta solución, que podemos llamar clásica y que deriva su tradición y su prestigio del propio derecho romano, se invocan las siguientes razones; a) las leyes, una vez aplicadas, se reputan conocidas; por lo tanto, nadie puede pretender que las ignora; b) la seguridad jurídica está interesada en que las leyes no puedan ser burladas so pretexto de ignorancia o error de derecho: de lo contrario, será poco menos que imposible aplicar determinada norma jurídica cuando ella perjudique a alguna de las partes de una relación de derecho; c) si una persona, por ignorancia o error de derecho, se encuentra en conflicto con otras que nada tienen que reprocharse y que han procedido en sus negocios con el debido cuidado, es justo inclinarse por estas y no por aquella. La solución contraria fomentaría la ignorancia y privaría al conocimiento y a la sagacidad de sus justos frutos; en verdad, sería más útil y seguro ser ignorante que sabio.

13. Tendencias modernas

En la doctrina moderna predomina la opinión de que el error de derecho debe ser admitido como vicio de los actos jurídicos. Se afirma que el principio de que las leyes se reputan conocidas es una vana quimera: la legislación contemporánea es tan vasta y compleja que ni aun los más grandes juristas pueden conocerla de una manera completa e integral. El hombre común la ignora casi totalmente; no es posible cerrar los ojos ante esta verdad. Por lo demás, si se admite que el error es una causal de nulidad, no hay razón para distinguir entre el de hecho y el de derecho, en ambos casos el consentimiento está viciado.

14. Réplica. Verdadero fundamento de la inadmisibilidad del error de derecho como causal de nulidad

La doctrina moderna impugna con razón el principio de que las leyes se deben reputar conocidas; su falsedad es a todas luces evidente. Los hombres no conocen ni siquiera el sector de leyes que les atañen más directamente y que, aun así reducido, es de proporciones vastísimas. Pero el argumento prueba demasiado, porque siendo, en la verdad de los hechos, la ignorancia de la ley la regla, si se admitiera esta excusa para

eludir la responsabilidad de los actos, la mayor parte de ellos estarían afectados de nulidad y numerosas leyes serían inaplicables.

El verdadero fundamento de la inexcusabilidad del error de derecho es el siguiente: toda ordenación social exige, para su normal desenvolvimiento, que las normas jurídicas impuestas por el Estado con carácter obligatorio se apliquen en todos los casos para los cuales han sido dictadas, sin que sea posible eludir su cumplimiento invocando ignorancia o error. No juega en esta cuestión un problema de conocimiento de la ley, sino de obligatoriedad de esta: las leyes se deben aplicar con entera independencia de que el interesado las conozca o no; en verdad, es preferible que las conozca, pero si ello no ocurre, lo mismo deben aplicarse. De ahí que el error de derecho no valga como excusa.

15. El error de derecho y la falta de causa

Ocurre a veces que como consecuencia de un error de derecho, la obligación queda sin causa. Una observación superficial del problema hace pensar que la nulidad se funda en el error: pero es evidente que la verdadera razón de la invalidez es la falta de causa. POCHANNET, autor que sirvió de fuente a nuestro Código, ha planteado la cuestión en sus justos términos: "El error de derecho no debe ser invocado sino en el caso de que tenga por resultado excluir uno de los elementos necesarios del acto jurídico atacado por error. El que alega un error de derecho no dice: 'yo reconozco que en derecho riguroso estoy obligado, pero solicito ser desligado de una obligación que no he suscripto sino por error de derecho'. No, su lenguaje es otro, él debe decir: 'el contrato, en virtud del cual yo parezco ligado, no tiene más que una apariencia de validez, porque como consecuencia de un error de derecho, que ofrezco probar, carece de una de las condiciones indispensables para su existencia legal'".

En estos casos la obligación es nula, tanto en las legislaciones que admiten el error de derecho, como en la nuestra, que no lo admite, porque el fundamento de la invalidez es la falta de un requisito esencial del acto. Un ejemplo lo demuestra muy claramente. Debo $ 10.000 a una persona que acaba de fallecer. Por error de derecho creo que uno de los miembros de su familia es el heredero universal y, fundado en esa creencia, le suscribo un pagaré por aquella cantidad. El pagaré es nulo por falta de causa.

Tan claro es lo expresado precedentemente, que el Codificador ha reformulado algunos artículos que hacían mención al error, pero ha reiterado conceptos sin hacer mención al error. Los distintos casos lo ponen de manifiesto. Veámoslos:

a) Los arts. 1796 y 1797, del Cód. Civ. y Com., disponen que cuando alguien paga por algo que no debe o no subsiste porque no hay obligación

válida, esa causa deja de existir, o es realizado en consideración a una causa futura, que no se va a producir tiene el derecho a repetirla. Es la hipótesis del pago de lo que no se debe; el derecho a reclamar la devolución de lo pagado se funda en el enriquecimiento sin causa. Lo mismo ocurre cuando la causa del pago es ilícita o inmoral o cuando el pago es obtenido por medios ilícitos. Estos casos eran considerados por VÉLEZ como pagos efectuados por error, pero igualmente pueden ser repetidos, haya sido o no hecho por error. Como se ve, el error es totalmente indiferente, lo que anula el pago es la falta de causa lícita. Hoy en la nueva redacción de los artículos citados no se hace referencia alguna al error.

b) El art. 1647 establece que la transacción es nula cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título total o parcialmente inexistente o ineficaz, o si se ignora que el derecho que se transa tiene otro título mejor o bien que quien lo impugna ignore una sentencia firme que haya resuelto un pleito. En este caso la única razón de la invalidez es la nulidad del título; el error en el que se pudo caer no juega ningún papel.

16. Legislación comparada

En materia de error de derecho la legislación extranjera sigue tres sistemas distintos:

Algunas legislaciones lo rechazan expresamente como causal de anulación de los actos jurídicos; los códigos: chileno (art. 1452), colombiano (art. 1509), ecuatoriano (art. 1468) y uruguayo (art. 1270).

Otras, por el contrario, lo admiten, pero siempre que su resultado sea privar de causa a la obligación: Cód. Civil italiano (art. 1429, inc. 4º), búlgaro (art. 14), marroquí (art. 40), mexicano (art. 1813) y portugués (art. 659). Es también la solución del proyecto franco-italiano de las obligaciones (art. 16).

Finalmente, en otras legislaciones el problema no ha sido resuelto de manera expresa. En Francia, la jurisprudencia ha decidido que como el art. 110 del Código Napoleón no distingue entre error de hecho y de derecho, también este debe ser admitido como causal de anulación, pero solo en el caso de que importe privar de causa a la obligación; igual criterio han seguido la jurisprudencia belga, suiza y alemana. Esta diferencia de soluciones tiene un alcance puramente teórico; en la práctica no acarrea consecuencias. Porque, según se ha visto, el error de derecho solo se admite si tiene por resultado privar de causa a la obligación; pero, en tal caso, el acto será nulo también en los países que, como el nuestro, rechazan el error de derecho, porque el motivo de la nulidad es la falta de causa.

II — DOLO

17. Diversas acepciones de la palabra dolo

La palabra dolo tiene tres significados en derecho: a) en primer término, designa la intención de cometer un daño; es el elemento característico del delito civil y permite distinguirlo del cuasidelito, en el que el agente solo obra con culpa o negligencia; b) en segundo lugar, designa los actos del deudor por los cuales este trata de hacer imposible el cumplimiento de una obligación anteriormente contraída (arts. 838 y 1743, 2ª parte, Cód. Civ. y Com.); c) finalmente, dolo es un vicio de los actos jurídicos. Este es el significado del que nos ocuparemos en el presente capítulo.

18. Concepto y fundamento

Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto (art. 271, Cód. Civ. y Com.).

El dolo supone siempre un engaño: es inducir deliberadamente en error a una persona con el propósito de hacerla celebrar un acto jurídico. También hay dolo cuando la omisión causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría celebrado sin la reticencia u ocultación de la realidad.

Generalmente, el dolo consiste en un acto positivo; tal ocurre cuando se vende la copia de un cuadro célebre afirmando engañosamente que es el auténtico. Pero también se miente con el silencio. La omisión o reticencia dolosa consiste en callar la verdad cuando se sabe que la otra parte está equivocada respecto de un elemento esencial del contrato, que es determinante de su consentimiento. Al incluir la omisión dentro del concepto del dolo (art. 271, 2ª parte), nuestro Código ha adoptado la buena solución. Juega en este caso una cuestión de moral: el engaño, sea por acción o por omisión, no puede tener el amparo del derecho.

El dolo vicia el acto jurídico y quien lo ha sufrido tiene derecho a pedir su anulación. La sanción de la nulidad no se funda en el error provocado en el otro contratante, como lo sostiene la teoría de los vicios del consentimiento, sino en el hecho ilícito; el orden jurídico exige no convalidar actos que han tenido su origen en la mala fe de uno de los contratantes, pues ello sería estimular el delito y propiciar el engaño (v. nro. 731).

19. Condiciones para que dé lugar a la anulación del acto

El art. 272 del Cód. Civ. y Com. establece cuáles son las condiciones que debe reunir el dolo esencial para que pueda dar lugar a la anulación del acto jurídico.

a) Debe ser grave. No cualquier dolo es suficiente para decretar la nulidad del acto. Así, por ejemplo, en las transacciones comerciales es habitual que el vendedor exagere a sabiendas la bondad del producto o que afirme engañosamente que en ninguna parte se encontrará más barato; inclusive, el comprador debe contar con esa astucia, que, en cierto modo, está incorporada a las costumbres mercantiles. Desde luego, ella no basta para dar lugar a la anulación mientras el engaño no adquiera caracteres de gravedad.

Estas consideraciones son especialmente aplicables a la reticencia dolosa, que el juez debe apreciar sin exceso de rigor, pero cuidando siempre de hacer observar la lealtad en los negocios jurídicos.

La gravedad del dolo debe juzgarse en relación con la condición de la víctima. Las maniobras o engaños que bastan para inducir a un analfabeto a celebrar un acto jurídico pueden no ser suficientes para una persona de cultura, con experiencia de la vida y de los negocios. Es esta una cuestión que queda librada al recto criterio del juez.

b) Debe ser determinante de la voluntad; si el negocio se hubiera celebrado igualmente, sabiendo el engañado la verdad, el acto no debe anularse. Así, por ejemplo, si se vende la copia de un Greco, afirmando que es auténtico, el dolo es determinante; pero si el vendedor se limita a decir, sabiendo que no es verdad, que el marco es antiguo y fue elegido para la tela por el propio artista, el engaño no es suficiente para anular el acto, porque recae sobre un elemento o cualidad totalmente secundaria.

Este dolo solo autoriza a la víctima a pedir indemnización de daños y perjuicios (v. nro. 752).

c) Debe ocasionar un daño importante. Si, en efecto, el perjuicio sufrido por el engañado es insignificante, no parece lógico decretar una sanción tan grave como es la nulidad del acto.

d) Finalmente, es necesario que el dolo no haya sido recíproco. Quien juega sucio no tiene derecho a exigir juego limpio. Si las partes se han engañado mutuamente, la ley se desinteresa de ellas; es bueno que sufran el perjuicio de su propia inconducta. Quizá esa dura experiencia les enseñe a guardar la debida lealtad en sus relaciones con los semejantes.

20. Efectos del dolo esencial

El dolo produce los siguientes efectos: a) en primer término, da derecho a la persona que lo ha sufrido, a pedir la anulación del acto; se trata de una nulidad relativa y, por consiguiente, el acto es anulable; b) en segundo lugar, da derecho a pedir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la víctima con motivo del acto que se anula.

Esta última consecuencia se encuentra establecida expresamente por el Cód. Civ. y Com. en el capítulo referente al dolo. El art. 272 prevé la acción de nulidad para quien ha sido víctima de dolo esencial y, a su vez, el art. 275 establece la obligación de reparar el daño causado tanto en el dolo esencial como en incidental. Es decir que en este caso el perjudicado podrá solicitar la nulidad del acto más la reparación de los daños padecidos.

21. Dolo de un tercero

El dolo proveniente de un tercero da lugar a la anulación del acto, lo mismo que si emanara de las partes (art. 274). No importa que se compruebe o no la complicidad del tercero con el interesado; en la mayoría de los casos esa complicidad sería muy difícil de probar; por lo demás, si la razón de la nulidad es la necesidad de proteger a los contratantes de buena fe, esa sanción se impone tanto en un caso como en otro.

Si la parte ha sido cómplice del dolo o si simplemente hubiera tenido conocimiento del engaño que la beneficia, es solidariamente responsable, juntamente con el tercero, por la indemnización de todos los daños e intereses (arts. 274 y 278, Cód. Civ. y Com.); pero si ella ignora el dolo, el tercero será el único responsable (arts. 274 y 278, Cód. Civ. y Com.).

22. Dolo incidental

Llámase dolo incidental a aquel que no fue determinante del consentimiento prestado por la víctima. No afecta la validez del acto, ni da derecho, por consiguiente, a reclamar su anulación; pero el que lo ha cometido debe indemnizar los daños y perjuicios derivados de él (art. 273, Cód. Civ. y Com.). Esta solución se justifica plenamente, porque aun sabiendo la verdad, la víctima hubiera celebrado el acto, pero es posible que, en posesión de ella, se hubieran alterado algunas cláusulas del contrato, reducido el precio, etc. Todos estos perjuicios deben ser reparados.

Si el dolo incidente ha provenido de un tercero y la parte beneficiada lo conocía, ambas son solidariamente responsables de los daños y perjuicios; pero si la parte lo ignora, solamente el tercero responde por ellos (arts. 274 y 278, Cód. Civ. y Com.).

III — Violencia

23. Concepto y fundamento

Cuando el consentimiento ha sido arrancado bajo la presión de violencias físicas o morales, el acto, a pedido de la víctima, debe ser anulado. Este es un principio elemental de derecho; de lo contrario, el orden jurídico sería reemplazado por la fuerza. Como en el caso del dolo, es el hecho

ilícito el fundamento de la nulidad. Conviene recalcarlo, pues según la teoría de la voluntad psicológica, la nulidad se funda en la falta de libertad, lo que es notoriamente inexacto (v. nros. 562, 563 y 761). La propia ley lo está indicando cuando exige que las amenazas generen el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puede evitar o contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero (art. 276, Cód. Civ. y Com.). Si lo único que debiera tenerse en cuenta fuera el estado psicológico de la víctima, no importaría que la amenaza fuera justa o injusta, porque en ambos casos faltaría la libertad. Es la misma ley la que pone el acento sobre la ilicitud.

24. Elementos constitutivos de la violencia

No toda presión o violencia, hecha por uno de los contratantes sobre el otro, autoriza a pedir la anulación del acto. La ley exige ciertos requisitos sin los cuales esta sanción no tiene lugar:

25. a) Es necesario, ante todo, que se trate de una amenaza (art. 276, Cód. Civ. y Com.)

En este concepto se comprenden, desde luego, todos los hechos ilícitos.

En cambio, la amenaza de ejercer un derecho no vicia, en principio, el acto. Tal sería el caso del acreedor que obtiene de su deudor el pago íntegro de los intereses y amortizaciones atrasados bajo amenazas de iniciar de inmediato la ejecución judicial por el total de la deuda.

Pero no siempre la amenaza de ejercer un derecho es lícita y justa; debe tratarse de un ejercicio regular de él. Si, por el contrario, la amenaza tuviera un móvil antijurídico, si aprovechando la fuerza que confiere la ley se realiza un verdadero "chantaje" sobre la víctima, entonces hay un abuso del derecho que autoriza a considerar nulo el acto. La víctima de un delito puede amenazar al autor del hecho con intentar la querella criminal si no le indemniza los daños y perjuicios realmente sufridos; pero si, valiéndose de esa situación, extorsiona al culpable arrancándole una suma exorbitante, el acto es nulo. Un comprador que sorprende al vendedor en flagrante delito de defraudación sobre la mercadería puede muy bien exigir el reembolso de lo pagado indebidamente, amenazándolo con perseguirlo judicialmente; pero no podría aprovechar su situación para hacerse pagar sumas considerables, sin causa legítima seria. Las vías de derecho, dice JOSSERAND, deben estar siempre al servicio del derecho; no pueden desviarse de su destino y convertirse, en cierto modo, en procedimientos de escalamiento; su utilización debe hacerse, bajo pena de abuso, por un motivo legítimo.

26. b) Las amenazas deben referirse a un mal inminente y grave (art. 276, Cód. Civ. y Com.)

¿Qué debe entenderse por mal inminente? No es necesario que se trate de un peligro presente o que haya de ocurrir inmediatamente, sino que sea más o menos próximo, de tal modo que no pueda evitarse a tiempo ni reclamarse el auxilio de la autoridad pública o que esta no sea eficaz. Solo el peligro lejano o remoto está excluido de este concepto.

En cuanto a la gravedad, no impera ya el severo criterio de antaño. Las legislaciones antiguas eran rigurosas para apreciar la intimidación. En el derecho romano era necesario que tuviera un carácter tal que inclusive un hombre de coraje, *hominem constantissimum* debiera ceder a ella (Digesto, lib. IV, t. II, ley 6); en las Partidas se exigía que temiese de él todo *ome*, *maguer fuesse de grand coraçon* (Part. IV, t. II, ley XV).

Este menosprecio por el débil ha desaparecido en el derecho moderno; por el contrario, se siente simpatía por él, se tiende a protegerlo. La violencia no debe juzgarse, por tanto, en relación con un hombre fuerte, de coraje, sino teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima. Con todo acierto, disponía el art. 938 del derogado Cód. Civil que el juez debe considerar la condición, el carácter, habitudes y sexo de una persona para juzgar si la amenaza ha podido producirle una fuerte impresión. Lo que es suficiente para un inválido, un enfermo, puede no serlo para un hombre que se halla en la plenitud de la fuerza y el poder.

El mal inminente y grave puede referirse a la persona o bienes de la parte (art. 276, Cód. Civ.). No solo lo que afecta la integridad corporal o la dignidad de una persona es grave, también lo que pone en peligro sus derechos patrimoniales puede revestir ese carácter.

27. c) Personas a las que deben referirse las amenazas

Dispone el art. 276 que las amenazas deben recaer sobre la parte contratante o sobre un tercero (el Cód. Civil hacía referencia al cónyuge, a los descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos). Hoy estos y otros más están incluidos dentro del concepto de terceros. En definitiva, lo que importa es que el juez tenga el convencimiento de que el acto se celebró tan solo para evitar a la parte o a un tercero un mal inminente y grave y en ese caso debe anularlo.

28. Efectos

Al igual que el dolo, la violencia produce los siguientes efectos; 1º) el acto puede declararse nulo a pedido de parte interesada; la nulidad es simplemente relativa; 2º) la víctima puede pedir la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del acto nulo (art. 278, Cód. Civ. y Com.).

29. Violencia ejercida por un tercero

La violencia ejercida por un tercero da lugar a la anulación del acto, lo mismo que si emanara de la parte (art. 277, Cód. Civ. y Com.). En ambos casos, en efecto, la víctima de un hecho ilícito debe ser protegida por la ley.

Si la violencia ejercida por el tercero fuera conocida por la parte a quien favorece, ambos son solidariamente responsables por los daños y perjuicios sufridos por la víctima (art. 942, Cód. Civ.); pero si aquella no tenía conocimiento alguno de la violencia, el único responsable por los daños y perjuicios es el tercero (art. 943, Cód. Civ.).

30. Obligaciones contraídas en estado de necesidad

Con frecuencia las convenciones se realizan bajo la presión de necesidades apremiantes; las enfermedades, las penurias económicas, las ambiciones, el temor de perder una posición social o política, impulsan muchas veces a los hombres a realizar actos quizá gravosos o inconvenientes para su patrimonio. Estas circunstancias no son suficientes, por sí solas, para anular los actos jurídicos. Pero si la contraparte, en conocimiento de ese estado de necesidad, lo explota inmoralmente, extrayendo de él beneficios excesivos, el derecho interviene en favor de la víctima.

Esta cuestión se vincula estrechamente con la idea de la lesión (v. nros. 761 y ss.). Una razón de moral y de buena fe hace necesario restablecer el equilibrio entre las prestaciones recíprocas cuando es evidente que la notoria desigualdad se funda en la debilidad en que se hallaba una de las partes en el momento de la celebración del acto y que la otra se aprovechó de esa situación. Por lo general, la consecuencia será la reducción de las prestaciones excesivas a sus justos límites, aunque puede llegarse inclusive a la anulación del acto.

La jurisprudencia francesa registra un interesante caso del capitán de un navío, que en el momento del naufragio prometió una recompensa exagerada al autor del salvamento; el tribunal resolvió reducirla a lo que era equitativo.

IV — Lesión

§ 1.— Antecedentes

31. El problema

Ocurre a veces que las prestaciones recíprocas de un contrato presentan una desigualdad notoria. Una de las partes, valiéndose de su mayor experiencia o capacidad intelectual o aprovechando las necesidades de la otra, logra hacerle suscribir un contrato en el cual sus obligaciones son

considerablemente menos gravosas. En una palabra, falta equivalencia ¿es válida esta convención?

El problema es arduo y de vieja data. El primitivo derecho romano, rigurosamente individualista, no conoció la institución de la lesión. Solo en los últimos tiempos, y bajo la influencia de la Iglesia Católica, se atenuó ese rigorismo. La doctrina católica no podía tolerar, en efecto, la validez de los pactos que chocaban con la idea de justicia y con el sentimiento de caridad y moral cristianas. Esta concepción influyó poderosamente en el derecho medieval. La usura fue condenada severamente por la Iglesia Católica que se pronunció severamente en los cánones 1543 y 2354, del *Codex Iuris Canonice de 1917; asimismo,* el Papa Juan Pablo II trató y condenó la usura en *Sollicitudo rei socialis*, de 1987, y últimamente el Papa Francisco se pronunció en el mismo sentido afirmando, en 2014, que "la usura no es cristiana ni humana". Todo ello ha sentado el principio de que las convenciones, para ser lícitas, deben basarse en la equidad.

Pero el auge del liberalismo trajo aparejado un nuevo ocaso de estos principios. Se pensaba que las partes eran el mejor juez de sus propios intereses y que el acatamiento ciego del contrato era el principio superior de progreso en una sociedad libre. El respeto por el libre juego de las voluntades individuales pudo expresarse en esta fórmula: "Lo que es libremente querido, es justo". Aún hoy, no obstante la decadencia de las ideas liberales, la pugna en torno del problema de la lesión se mantiene en pie y preciso es reconocer que la solución no es fácil.

Los que niegan que la lesión puede ser una causa de nulidad o rescisión de los contratos invocan los siguientes argumentos: 1) El respeto de las convenciones es uno de los principios fundamentales en que se basa el orden jurídico; la seguridad individual sufriría un rudo golpe si se pudiera atacar los contratos so pretexto de que las obligaciones recíprocas no son equivalentes. 2) La preocupación por cuidar el principio de la equidad hace olvidar otro de orden moral, no menos importante; el deber de guardar fielmente la palabra empeñada. La posibilidad de invocar la lesión facilita las argucias de quienes, de mala fe, quieren librarse de los compromisos libremente contraídos. 3) Es muy difícil establecer el justo valor de las cosas, que depende muchas veces de apreciaciones estrictamente subjetivas.

Un pintor mediocre puede sobrestimar el valor de sus cuadros y exigir por ellos un precio exorbitante. Si encuentra alguien que lo pague ¿estará expuesto más tarde a que el comprador ataque el contrato por lesión y obtenga la devolución del precio? Una casa solariega, propiedad tradicional de la familia, tiene para su dueño un valor subjetivo infinitamente superior al que puede tener en el mercado inmobiliario. ¿Cómo puede el juez medir ese valor? 4) El contrato es muchas veces un

acto de previsión y, por ende, un factor de estabilidad económica. Lo que hoy resulta equitativo, mañana puede no serlo. Quizá sean estas circunstancias las previstas por las partes y las que han tenido en mira al contratar; la especulación es el alma del comercio; admitir la lesión es matarla.

Todos estos argumentos no demuestran, a nuestro juicio, otra cosa sino que la aplicación de la teoría de la lesión envuelve un delicadísimo problema. Es indiscutible que no toda desigualdad autoriza a anular o modificar un contrato, pues la igualdad matemática es del todo imposible. Pero cuando la lesión es grosera, cuando se hace visible que las obligaciones contraídas por una de las partes solo lo han sido en virtud de su ignorancia, su debilidad o su inexperiencia, cuando es evidente que la otra parte se ha aprovechado de estas circunstancias para sacarles beneficio, el juez no puede convalidar tales convenciones, que resultan repugnantes a la moral y las buenas costumbres. Sería necesario anularlas o reducir las obligaciones a sus justos límites. Porque el derecho presupone la justicia y no toda convención, por el hecho de serlo, es justa, como lo pretendían los voceros del liberalismo. En el derecho moderno estos conceptos pueden considerarse definitivamente triunfantes.

32. La cuestión en nuestro derecho

Fiel a las ideas imperantes en su tiempo, VÉLEZ SARSFIELD expresó su repudio a esta institución en la nota al art. 943 del Cód. Civil derogado. Y durante largos años la jurisprudencia acató este criterio sin tener en cuenta que una nota no es un texto legal y que no obliga al intérprete.

La reacción contra este cerrado criterio empezó a operarse silenciosamente. Sin mencionar la lesión, se puso un límite a la tasa de interés; se resolvió que los honorarios convenidos para el pago del administrador de una sucesión deben reducirse a sus justos límites si su monto resulta a todas luces desproporcionado con la tarea desempeñada; que es nula la venta de un terreno efectuada en la suma de $ 800, si al año siguiente se lo tasó en $ 18.200, aun cuando no se hubieran probado vicios del consentimiento. En estos casos se echó mano del derogado art. 953, sin mencionar la lesión, aunque en todos ellos la había.

Recién en 1953 la Cámara Civil de la Capital empezó a admitir explícitamente la posibilidad de anular un acto o reducir las prestaciones excesivas por causa de lesión. Pero aunque estos fallos se repitieron, lo cierto es que no obstante la admisión teórica del principio, los jueces se sentían cohibidos para aplicarlo, debido a la falta de un texto legal explícito, tanto más cuanto que había siempre el antecedente contrario de la nota del citado art. 943.

Era, pues, indispensable una ley expresa que admitiera una institución tan moralizadora y justa y que al propio tiempo regulara con precisión sus

efectos. Es lo que hizo la ley 17.711 al modificar el art. 954 del Cód. Civil derogado que se mantiene, casi íntegramente, en el art. 332 del Cód. Civ. y Com., pues solo se ha modificado el término "ligereza" por "debilidad psíquica" y el plazo de prescripción para el inicio de la acción de nulidad o modificación del acto, según seguidamente se verá.

Al consagrar la lesión, se ha llevado a su término una de las evoluciones más interesantes de las instituciones jurídicas en nuestro derecho, evolución en la que los jueces han jugado un papel brillante como instrumentos de adaptación del derecho positivo a las exigencias de los nuevos tiempos.

§ 2.— El sistema legal

33. Concepto de lesión

Conforme con el art. 332 del Cód. Civ. y Com., la lesión queda configurada cuando una de las partes, explotando la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra, obtuviere por medio de un acto jurídico una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Nuestra ley se ha apartado del antecedente francés, que para la compraventa establece una proporción fija (las siete doceavas partes del precio), excedida la cual hay lesión, para adherir al criterio de las legislaciones modernas, que han preferido sentar normas flexibles y tener principalmente en cuenta el aprovechamiento de la debilidad o inferioridad del otro contratante (Cód. Civ. alemán, art. 138; suizo, art. 21; italiano, art. 1448; polaco, art. 42; chino, art. 74; mexicano, art. 17; soviético, art. 33). Este fue también el criterio aprobado por el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil.

Nuestra ley exige dos condiciones: a) que medie un aprovechamiento de la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra parte. Esta enumeración es simplemente indicativa. Lo sustancial es el aprovechamiento de la situación de inferioridad en que se encuentra la otra parte. En todos estos casos, habrá que admitir que por lo menos se ha obrado con inexperiencia; b) que se haya obtenido del contrato una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. La norma es flexible y deja librada a la apreciación judicial cuándo la ventaja debe considerarse evidentemente desproporcionada.

Para apreciar si ha mediado desproporción notable, los cálculos deberán hacerse según los valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda (art. 332). La disposición es justa. El transcurso del tiempo desajusta muchas veces los valores relativos. Al cabo de algunos años, una cosa puede haberse valorizado o, por el contrario, perdido su valor. Pero ello no le resta justicia a la transacción que apreciada en el momento en que se la hizo, fue equitativa.

De igual modo, debe desestimarse la demanda si la transacción, originariamente injusta y lesiva, ha devenido equitativa en el momento de iniciarse el juicio, porque si es así ¿de qué puede quejarse el accionante? El tiempo se ha encargado ya de hacerle justicia.

34. Prueba de la explotación

Una de las cuestiones más debatidas en nuestra doctrina y jurisprudencia era la de si debía o no probarse el aprovechamiento de la inferioridad de la otra parte.

La cuestión ha sido bien resuelta por el derogado art. 954 que se mantuvo en el art. 332 del ordenamiento vigente: se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las contraprestaciones. Es la buena solución. Si además de la prueba de la desproporción de las contraprestaciones se exigiera la prueba de que medió propósito de aprovecharse de la inferioridad de la otra parte, se esterilizaría en gran medida la institución, pues esa prueba es muy difícil y a veces imposible de producir. Además, es inútil. Cuando hay una gran desproporción entre las contraprestaciones recíprocas, esa desproporción no puede tener otro origen que el aprovechamiento de la situación de inferioridad de una de las partes, a menos que se trate de una liberalidad. Las mismas cláusulas del contrato estarían demostrándolo.

En los primeros tiempos de aplicación de la ley 17.711 nadie dudó de que la presunción establecida en el art. 954 significaba que existía explotación por una de las partes de la situación de inferioridad de la otra, cuando la desproporción de las contraprestaciones era notable. Pero luego ha empezado a abrirse paso una teoría según la cual es menester distinguir dos elementos subjetivos en la lesión; uno, la explotación por una de las partes, y otro, el estado de inferioridad de la parte explotada. Según esta teoría, la notable desproporción de las contraprestaciones bastaría para presumir la explotación, pero el que demanda la nulidad del acto debe probar siempre su situación de inferioridad.

Esta teoría es propia de juristas inclinados a partir un cabello en dos. La explotación por una de las partes es inescindible de la situación de inferioridad de la otra, pues si no existe situación de inferioridad, no puede hablarse de explotación. Cuando la ley ha dispuesto que debe presumirse la explotación en caso de notable desproporción de las contraprestaciones, es obvio que se refiere a todo el elemento subjetivo de la lesión.

Pero la ley admite prueba en contrario. Es la parte demandada por lesión la que debe probar que la diferencia entre las contraprestaciones tuvo una causa legítima, como podría ser el ánimo de hacer una liberalidad o el pago del valor afectivo de una cosa, que a veces puede

ser muy importante. Así ocurriría, por ejemplo, si se obtiene un precio que no guarda relación con los valores corrientes, por una vieja propiedad familiar y más si tiene auténtico valor histórico.

35. Contratos a los que puede aplicarse

Solamente los contratos onerosos pueden estar viciados por lesión, puesto que en los gratuitos las obligaciones pesan sobre una sola de las partes y, por lo tanto, mal puede hablarse de desigualdad de las prestaciones. En este caso, el contrato no reposa en la idea de equidad y equivalencia, sino en el propósito de hacer una liberalidad.

Tampoco los contratos aleatorios pueden entrañar lesión, por más que las obligaciones a cargo de una de las partes resulten, en definitiva, considerablemente más gravosas que las de la otra, porque ello es propio de la naturaleza de estos contratos, en los que hechos que escapan a la voluntad de las partes, aunque previstos, pueden favorecer notablemente a una de ellas. Sin embargo, no debe darse a esta regla un valor absoluto. A veces, los mismos contratos aleatorios son celebrados en condiciones tan contrarias a toda equidad que los tribunales han resuelto anularlos por lesión.

36. Efectos

La víctima de la lesión tiene dos acciones a su elección: la de nulidad y la de reajuste del contrato para restablecer la equidad de las contraprestaciones. Más aún, el demandado por nulidad puede convertir el juicio en uno de reajuste, si lo ofreciera al contestar la demanda (art. 332, *in fine*).

El efecto normal de la acción derivada de una lesión es el reajuste, pues lo que en definitiva se sostiene es que se recibió menos de lo que se dio; en consecuencia, la justicia se satisface con restablecer la equidad de las contraprestaciones. Ello explica esta solución, aparentemente anómala, de reconocer al demandado el derecho de cambiar los términos en que se ha planteado la *litis*.

37. Quiénes tienen la acción

Solo el lesionado y sus herederos tienen la acción (art. 332). Ello no excluye, claro está, la personería del representante legal del lesionado o de sus herederos incapaces. Pero el perjudicado con la lesión no podría invocarla para pretender la nulidad de un acto que el tiempo o las circunstancias han convertido en perjudicial para sus intereses.

¿Puede el Estado invocar la lesión para pretender la anulación de un acto jurídico? Parece preferible la solución negativa, pues no se ve cómo el Estado podría invocar hoy su debilidad psíquica (dado que se trata de una persona jurídica) o su necesidad (dado que si necesita algún bien

puede expropiarlo) o su inexperiencia (dado que debe suponerse experiencia y aptitud en los altos funcionarios capaces de comprometer sus bienes). En cambio, no se ve inconveniente en que los particulares invoquen la lesión frente al Estado (de acuerdo, MARIENHOFF).

Nuestros tribunales han declarado que la acción derivada de la lesión no puede ser intentada por los acreedores en ejercicio de la acción oblicua.

38. Prescripción

El derogado art. 954 del Cód. Civil establecía que la acción nacida de la lesión prescribía a los cinco años de otorgado el acto. Ese plazo excedía considerablemente al de los restantes vicios de los actos jurídicos en los que el plazo de prescripción era de dos años (art. 4030 derogado). Esa solución se fundaba en que los estados de dependencia psíquica de una persona respecto de otra o, en general, las causas que movieron a aceptar condiciones injustas, suelen prolongarse durante años. Es por ello que la reforma introducida por la ley 17.711 que incorporó al vicio de lesión, juzgó prudente establecer un plazo que, sin ser excesivamente dilatado, no fuera tampoco tan breve como para dejar desprotegidos a quienes necesitan de amparo.

El art. 332 del Cód. Civ. y Com. no trae ninguna previsión en materia de prescripción de la acción de nulidad o modificación de los actos jurídicos afectados por el vicio de lesión. Está regulada en el Libro 6º, Capítulo 2º, Sección 2ª, por los arts. 2562, inc. a) y 2563, inc. e) de los cuales resulta que el plazo de prescripción de la acción es de dos años que se cuentan "desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida".

V — SIMULACIÓN

§ 1.— CONCEPTO Y CARACTERES

39. Concepto

La simulación ocupa un lugar importante en la vida humana: es un recurso de autodefensa y de escalamiento. Se simula carácter, coraje, virtud, conocimiento, talento, éxitos; se disimulan defectos, odios, fracasos. Muchos hombres, dice FERRARA, son verdaderos artistas en la escena de la vida.

También es frecuente en los negocios jurídicos. Se utiliza como procedimiento para ocultar ciertas actividades o bien para evadir impuestos, para escapar al cumplimiento de obligaciones legales. A veces la simulación no tiene nada de reprensible y hasta suele ser una manifestación de pudor, de auténtica modestia, pero por lo general el

propósito perseguido es contrario a la ley o a los intereses de terceros. Es aquí, precisamente, donde la fecundidad y la diversidad de los recursos empleados son sorprendentes. En vano el legislador dictará leyes cada día más minuciosas y severas para combatir esta forma de fraude; bien pronto se hallarán nuevos y sutiles procedimientos para eludirlas.

No debe extrañar, por consiguiente, la dificultad en que se han encontrado los juristas para hallar una definición unitaria de todas las infinitas formas de simulación. El desacuerdo, prácticamente general, es revelador de la complejidad del tema. Con todo acierto, nuestro codificador ha preferido una enunciación descriptiva de las distintas hipótesis posibles: La simulación tiene lugar, dice el art. 333 (que reproduce el art. 955 del Cód. Civil derogado), cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

De una manera general, podemos decir que acto simulado es aquel que tiene una apariencia distinta de la realidad. Hay un contraste entre la forma externa y la realidad querida por las partes; el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí ficticio y mentiroso o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto.

40. Caracteres del acto simulado

Aunque la extraordinaria multiplicidad de formas que suele adoptar la simulación hace difícil encontrar caracteres comunes a todas ellas, es sin embargo posible delinear los más generales.

a) Todo acto simulado supone una declaración de voluntad ostensible y otra oculta, destinada a mantenerse reservada entre las partes: es esta última la que expresa la verdadera voluntad de ellas.

b) El acto simulado tiene por objeto provocar un engaño. Adviértase que engaño no supone siempre daño, puesto que algunas simulaciones son perfectamente innocuas (v. nro. 771).

c) Por lo general, la simulación se concierta de común acuerdo entre las partes con el propósito de engañar a terceros. Así, por ejemplo, una persona vende simuladamente sus bienes a otra para no pagar a sus acreedores. Pero este no es un requisito esencial de la simulación; a veces no existe acuerdo entre las partes, sino entre una de ellas y un tercero, y el propósito es engañar a la otra parte. El ejemplo clásico es el de quien compra una casa a nombre propio, pero por cuenta de un tercero: *Primus*, sabiendo que *Secundus*, por razones de enemistad personal, no querrá venderle su casa, le encarga a *Tertius* que haga la

operación con dinero suyo. El acto simulado es la compra, pues *Tertius* no adquiere para sí sino para *Primus*; pero el acuerdo para engañar no existe entre comprador y vendedor, sino entre el comprador y su comitente; el engañado es una de las partes, el vendedor.

Se ha negado que en esta hipótesis haya simulación. Esta opinión es insostenible en nuestro derecho positivo, puesto que el art. 333 enuncia expresamente este caso, al decir que el acto es simulado cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Independientemente de esta razón que atañe a nuestro derecho positivo, no se ve ningún fundamento serio en apoyo de la doctrina que impugnamos, que parte apriorísticamente de que la simulación presupone siempre un engaño concertado de común acuerdo entre las partes. Consideramos que lo esencial es la insinceridad de lo estipulado; nada obsta, por consiguiente, a que la engañada sea una de las partes, como consecuencia del acuerdo entre la otra y un tercero, aunque no es esta hipótesis la más frecuente ni la típica.

Inclusive la simulación es posible en algunos actos unilaterales.

41. Simulación absoluta y relativa

El Cód. Civ. y Com. eliminó el art. 956 que se refería a la simulación absoluta y a la relativa. No obstante, la distinción se mantiene pues surge de los diferentes supuestos contenidos en el citado art. 333.

a) Es absoluta cuando se celebra un acto que no tiene nada de real; se trata de una simple y completa ficción. Un deudor que desea sustraer sus bienes a la ejecución de los acreedores los vende simuladamente a un tercero; en un contradocumento consta que la operación no es real y que el vendedor aparente continúa siendo propietario de los mismos.

b) La simulación es relativa cuando el acto aparente esconde otro real distinto de aquel; el acto aparente no es sino la máscara que oculta la realidad. La simulación relativa puede recaer: 1º) sobre la naturaleza del contrato; así, por ejemplo, una persona que desea favorecer a uno de sus hijos más allá de lo que le permite la porción disponible, simula venderle una propiedad que en realidad le dona, a fin de que no pueda ser obligado a colacionar; o bien, un hombre que desea hacer una donación a su amante, la oculta bajo la apariencia de una venta para no hacer ostensible el motivo que lo ha determinado a transferirle la propiedad; 2º) sobre el contenido del contrato; así, por ejemplo, se simula un precio menor del que en realidad se ha pagado, para evitar el impuesto a las ganancias; o se simula la fecha, antedatando o postdatando el documento; 3º) sobre la persona de los contratantes; esta es una de las hipótesis más interesantes y en la que la simulación adopta formas variadísimas. Muy frecuente es el

caso del testaferro, prestanombre u "hombre de paja", como se lo llama en la doctrina francesa.

Ejemplos: a) la ley 19.950, art. 1º, exigía un mínimo de dos socios para constituir una sociedad. En la actualidad, luego de la última reforma al régimen societario a través de la ley 26.499, se pueden constituir sociedades unipersonales (uno solo socio) pero muchas veces resultan inconvenientes pues están sometidas a fiscalización estatal permanente, deben contar con sindicatura colegiada y un directorio formado por tres miembros como mínimo. Ello hace que, en la práctica, un interesado en constituir una sociedad distribuya unas pocas acciones entre uno o varios amigos que le "prestan su nombre" para cumplir aparentemente con los requisitos legales; b) un hombre, que tiene relaciones extramatrimoniales con una mujer a quien desea favorecer con una donación, para no despertar sospechas en su cónyuge lo hace a nombre de una tercera persona que, por un contradocumento privado, se obliga a transferir los bienes a la verdadera destinataria.

42. Simulación lícita e ilícita

En sí misma la simulación no es ni buena ni mala; es incolora, como se ha dicho con expresión gráfica.

Si la simulación perjudica a terceros o sí, por otros motivos, es contraria a la ley, es ilícita (art. 334, Cód. Civ. y Com.). Este es, desde luego, el caso más frecuente. En cambio, no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito. Tal es el caso de los negocios fiduciarios (v. nro. 774), o de muchos actos en que el móvil de la ficción ha sido una razón de discreción, o inclusive de modestia.

El perjuicio a terceros supone siempre la ilicitud de la simulación. Pero, a veces, la ilicitud resulta de otras causas. Así, por ejemplo, para escapar al riesgo de que los intereses exigidos para otorgar un préstamo en dinero sean reputados usurarios, se suscribe un documento en el que figura como prestada una suma mayor que la que en realidad se prestó; así quedan incluidos los intereses usurarios dentro del capital. Aquí la única perjudicada es una de las partes; no obstante lo cual la simulación es ilícita.

43. Actos simulables

En principio, todos los actos bilaterales pueden simularse. Esta regla tiene muy contadas excepciones. La primera, en la que están de acuerdo casi todos los autores, es la del matrimonio.

En este caso, el oficial público interviene completando y perfeccionando el acto con su declaración de unir a los contrayentes; su intervención, dice FERRARA, es integrante del acto, y como en el oficial público la simulación es inconcebible, el acto jamás puede resultar fingido. Además

de esta razón importantísima puesta de manifiesto por el maestro italiano, hay otras muchas que obligan a aceptar ese criterio. La seriedad del matrimonio, la defensa de la familia, el problema de orden moral implícito en la cuestión, hacen necesario rechazar enérgicamente la posibilidad de que tal acto pueda simularse. A raíz de la segunda guerra mundial se produjeron en Europa algunos casos que dieron lugar a apasionadas controversias. Con el objeto de eludir persecuciones raciales o políticas, sustraerse al trabajo obligatorio, obtener un pasaporte, algunas personas contrajeron matrimonio, adquiriendo así la ciudadanía del esposo. Más que todo por razones humanas, algunos tribunales los declararon simulados y nulos, pero otros se mantuvieron firmemente en la tesis que no admite la simulación del matrimonio, resolviendo, por tanto, que aquellos casamientos producían todos sus efectos normales. Las excepcionalísimas circunstancias en que ocurrieron estos matrimonios parecen justificar que se los declarase simulados.

44. Actos fiduciarios

Llámase acto fiduciario a la transmisión de un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión.

Así, por ejemplo, en vez de dar mandato para el cobro de un cheque, se lo endosa, lo cual supone transferir su propiedad.

El nombre de estos negocios deriva de *fiducia*, fe, porque efectivamente importan un acto de confianza. Los casos más frecuentes son la cesión de crédito con fines de mandato, el endoso para facilitar el cobro y la transmisión de la propiedad con el objeto de garantizar un crédito. Implican siempre un exceso del medio respecto del fin perseguido, pues es evidente que en los dos primeros casos bastaría el mandato y en el último, la prenda o la hipoteca, según se trate de cosa mueble o inmueble. Se usa un medio más fuerte para conseguir un resultado más débil. El acto va más allá del fin de las partes, supera su intención práctica, presta más consecuencias jurídicas que aquellas que serían menester para obtener el resultado requerido.

Se ha pretendido negar a estos actos el carácter de simulados, pero es evidente que no son sino una forma de simulación, puesto que, según el concepto del art. 333, se oculta la naturaleza de un acto (mandato, garantía) bajo la apariencia de otro (cesión, venta).

Asimismo, el art. 385 contempla expresamente esta categoría de actos, llamándolos actos indirectos y reconociendo su eficacia si no se otorgó para eludir una ley o perjudicar a terceros, requisitos propios de la simulación ilícita.

§ 2.— Acción de simulación

45. Cuándo procede la acción entre las partes

Si la simulación es lícita, la acción entre las partes tendiente a que se declare simulado el acto es procedente. En este punto, la solución es clara. Algo más complejo es el problema cuando la simulación es ilícita. Según el art. 335 Cód. Civ. y Com., los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación.

Esta solución es perfectamente natural cuando la simulación tiende a consolidar el beneficio que el actor ha logrado de la simulación. Supongamos que una persona cubierta de deudas vende simuladamente sus bienes a un amigo y luego se decreta su quiebra. Sus pocos bienes restantes se reparten entre los acreedores, que ven satisfecha solo una pequeña parte de sus créditos, y luego, transcurridos los plazos legales, se levanta el concurso y el deudor obtiene carta de pago. Enseguida demanda a su amigo por restitución de los bienes, a cuyo efecto hace valer el contradocumento respectivo. La ley le niega acción, pues de lo contrario no haría otra cosa que reconocerle la vía legal para consumar el fraude a terceros. Es cierto que con esta solución se beneficia el tercero que fue cómplice en la simulación y que se quedaría con los bienes por los cuales no pagó ningún precio. Entre dos males la ley elige el menor. Es necesario desalentar este tipo de defraudaciones. Es preciso que quien intenta perjudicar a terceros con esta maniobra sepa que luego no tendrá vía legal para recuperar sus bienes.

Pero supongamos ahora que el simulador se ha arrepentido de su acto; que quiere recuperar el bien para entregarlo a sus acreedores ¿También en este caso se le negará la acción? El art. 335 Cód. Civ. y Com. citado (que mantiene el criterio del art. 959 del Cód. Civil derogado) consagra expresamente esta solución, al decir: "excepto que las partes no puedan obtener beneficio alguno de las resultas del ejercicio de la simulación".

En suma, es necesario un arrepentimiento de las partes, un propósito de reparar los perjuicios derivados del acto para terceros o dejar sin efecto el fraude a la ley.

46. Contradocumento: concepto

El contradocumento es una declaración de voluntad formulada por escrito por las partes, de carácter generalmente secreto, y destinada a probar que el acto ha sido simulado.

Por lo común, se otorga al mismo tiempo que el acto aparente; pero esta simultaneidad no es un requisito esencial, puesto que puede haberse otorgado antes o después del acto. Lo necesario no es una simultaneidad material, sino intelectual, según la expresión muy citada de DEMOLOMBE.

En otras palabras, lo que importa es que el contradocumento exprese la verdadera voluntad de las partes en el momento de otorgarse el acto aparente; pero si la nueva declaración de voluntad significa en realidad una modificación de la anterior, ya no se estaría en presencia de un contradocumento, sino de un acto nuevo.

El contradocumento debe emanar de la parte a quien se opone o de su representante: no es necesario el doble ejemplar.

47. ¿Es necesario el contradocumento?

En principio, la simulación entre las partes solo puede probarse por contradocumento. Esta regla se funda en la necesidad de garantizar la seguridad de las transacciones y evitar que un contratante de mala fe pueda impugnarlas con base en una pretendida simulación, demostrada por pruebas fraguadas. Los contratantes tienen a su disposición, en el momento de celebrar el acto, un medio cómodo de asegurarse la prueba de la simulación, que es el contradocumento; si no han tenido la precaución de otorgarlo, deben sufrir las consecuencias de su propia imprevisión.

Pero la exigencia del contradocumento no es inflexible. Muchas veces aquel no se otorga, por existir una completa confianza entre las partes. Si luego una de ellas la defrauda, su falta, o mejor dicho, su delito, es tanto más grave cuanto mayor fue la fe depositada en ella. La ley no puede amparar esa conducta solo porque falta el contradocumento. En realidad, la existencia de ese requisito obedece más que nada a la desconfianza de la prueba testimonial y a la necesidad de que los actos no puedan ser impugnados sobre bases más o menos endebles. Pero siempre que haya una prueba incontrovertible, cierta, inequívoca de la simulación, es lógico admitir la acción, aunque no exista contradocumento.

Este es el criterio que surge del art. 335 Cód. Civ. y Com. que, con un leve agregado, mantiene el sentido del art. 960 del sistema anterior (agregado por la ley 17.711), en cuanto sostiene: "Puede prescindirse de él, cuando la parte justifica las razones por las cuales no existe o no puede ser presentado y median circunstancias que hacen inequívoca la simulación".

48. Caso en que no es exigido

Aparte del supuesto general de que la prueba sea inequívoca, la jurisprudencia ha admitido que no cabe exigir contradocumento en los siguientes casos:

a) Cuando existe principio de prueba por escrito. Este concepto es muy amplio: debe entenderse por tal la manifestación que resulte de un testamento, una carta, un apunte, un correo electrónico (conf. art. 318 y 319 del Cód. Civ. y Com.) aunque no esté firmado por la parte; las

manifestaciones hechas en expedientes judiciales; la carta de quien actuó como agente o intermediario de la operación, etc.

b) Cuando haya confesión judicial del demandado.

c) Si existe imposibilidad de procurarse el contradocumento, como ocurriría en el caso de que los contratantes fueran analfabetos.

d) Si aquel se ha extraviado por caso fortuito o fuerza mayor, como podría ser un incendio, un naufragio.

e) Si el contradocumento fue sustraído al interesado o si fue privado de él con dolo o violencia.

f) Si una de las partes ha cumplido con la prestación a que se obligó según el acto real y la otra se niega a cumplir la prestación recíproca.

g) Cuando la simulación ha sido en fraude de la ley. En este caso, en efecto, el otorgamiento de un contradocumento es prácticamente imposible. Supongamos que para burlar la prohibición de la usura en los préstamos en dinero se otorgue recibo por una cantidad mayor que la prestada, incluyendo en esa suma los intereses que excedan de lo que es legítimo. El prestamista nunca otorgará al deudor un contradocumento en el que conste esa circunstancia, porque ello importaría entregarle un arma que le permitiría no pagar los intereses excesivos.

49. Acción de terceros

El art. 336 del Cód. Civ. y Com. dispone que los terceros afectados en sus derechos o intereses legítimos por el acto simulado pueden demandar su nulidad. Para ello pueden demostrar la simulación por cualquier medio de prueba. La ley confiere acción (legitimación) de nulidad a aquel que tenga un derecho actual o eventual que se haya visto perjudicado por el acto simulado.

Dentro de los terceros se encuentran los sucesores universales y de los representantes o mandantes. Los sucesores universales de la parte que ha otorgado un acto simulado ocupan su lugar pues sus efectos se transmiten activa y pasivamente, salvo que se trate de obligaciones inherentes a la persona, que la transmisión sea incompatible con su naturaleza o que esté prohibida por el contrato o por la ley (conf. art. 1024, Cód. Civ. y Com.).

Si la simulación es en perjuicio de ellos, deben considerarse terceros respecto de ese acto; por lo tanto, no se les aplica la regla del art. 335, Cód. Civ. y Com., primer párrafo, ni están obligados a presentar contradocumento, sino que pueden valerse de toda clase de pruebas, incluso las presunciones. Tal sería el caso de que se hubiera simulado una venta, con el propósito de eludir las prescripciones relativas a la legítima; el heredero forzoso, perjudicado con ese acto, puede usar

cualquier medio de prueba para impugnarlo. Sería, en efecto, un contrasentido exigir contradocumento a quien no puede tenerlo.

Idéntica conclusión debe adoptarse cuando se trate de un acto simulado en perjuicio de una persona y celebrado por su propio representante.

B.— Prueba de terceros

50. Principio de la amplitud de la prueba. Las presunciones

Mientras que el juez debe ser riguroso en la apreciación de la prueba producida por las partes, no puede serlo respecto de terceros. La situación de estos es muy distinta pues pueden acreditar la simulación por cualquier medio de prueba (art. 336, Cód. Civ. y Com.). Las partes han podido y, salvo casos excepcionales, debido procurarse un contradocumento, pero los terceros no pueden poseerlo, justamente porque la simulación se hace en su perjuicio y si aquel se otorgó, los contratantes lo mantendrán en secreto. Más aún: como la simulación realizada para perjudicar a terceros supone un hecho ilícito, y a veces un delito criminal, las partes procurarán rodear el acto de todas las apariencias de realidad, ocultarán los indicios comprometedores, borrarán los rastros. Operan con premeditación, eligen el momento oportuno y el *modus operandi* más conveniente.

Se comprende, por tanto, cuán difícil es la tarea de los terceros. En tales casos, casi la única prueba que tienen a su disposición es la de presunciones; solo por excepción disponen de documentos o testigos.

Las presunciones adquieren así, en esta materia, una importancia singular; es con base en ellas que se resuelven por lo general esta clase de juicios. Los jueces las admiten siempre que por su carácter y concordancia lleven a su ánimo la convicción de que el acto fue simulado.

Las presunciones generalmente admitidas como prueba de la simulación son las siguientes:

a) Debe existir, ante todo, una *causa simulandi*, es decir, una razón o motivo que la explique; por ejemplo, eludir el pago de las deudas, escapar a las prescripciones legales sobre la legítima, etc. Es claro que cuando un tercero inicia la acción de simulación, es porque el acto que impugna lo perjudica; esto solo supone una *causa simulandi* a menos que la acción sea totalmente infundada, y no haya, en verdad, ningún perjuicio para el actor.

b) El vínculo de parentesco muy estrecho o la amistad íntima entre las partes suele ser un indicio importante, ya que la gravedad que reviste el acto cuando se perjudica a terceros exige una gran confianza recíproca. Es claro que esta circunstancia por sí sola no es suficiente para hacer

lugar a la acción, desde que los contratos entre parientes no solo son posibles, sino también frecuentes.

c) La imposibilidad económica del comprador para adquirir los bienes que aparecen vendidos; en estos juicios tiene una gran importancia la averiguación de la fortuna del adquirente. No menos revelador es este otro indicio: si el precio que se dice pagado es muy considerable y se demuestra que en las cuentas bancarias del vendedor no ha ingresado suma alguna y que este no ha realizado otras inversiones que justifiquen el destino de ese dinero, cabe presumir que no lo ha recibido.

d) También debe repararse en la naturaleza y cuantía de los bienes que aparecen enajenados; es sospechoso, en efecto, que el vendedor transfiera precisamente aquellos bienes que, por razones económicas, por ser su principal fuente de recursos o por motivos sentimentales, son los que más hubiera debido procurar que quedaran en su patrimonio.

e) La falta de ejecución material del contrato; por ejemplo, si el que aparece vendiendo una propiedad, continúa en posesión de ella y administrándola, aunque a veces se disimule esa anomalía bajo la apariencia de un contrato de locación o dándole el comprador aparente al vendedor un mandato de administración sobre la propiedad. Lo mismo ocurre si el que vende un comercio sigue al frente de él, administrándolo, conservando el teléfono a su nombre, etc.

f) Las circunstancias y el momento en que se realizó el acto. Así, por ejemplo, la venta de un bien ganancial realizada por el esposo pocos días antes o después de iniciada la demanda de divorcio resulta sin duda sospechosa; la declaración de haber recibido el precio con anterioridad; etc.

g) Gran importancia tienen también los antecedentes de las partes, pues así como una conducta intachable aleja la sospecha, de que se haya cometido un fraude en perjuicio de terceros, la vida inmoral o deshonesta favorece esa hipótesis.

h) En la simulación por interposición de personas es muy ilustrativo el modo de comportarse del prestanombre, que no se conduce como verdadero adquirente de los bienes; tiene también relevancia la índole de las relaciones entre el enajenante y el verdadero destinatario de los derechos o bienes. Por lo general, estas relaciones son íntimas y se procura mantenerlas ocultas; tal como ocurre entre un hombre casado y su amante.

C.— Prescripción de la acción

51. Plazo

El art. 2563, Cód. Civ. y Com., establece que el plazo de prescripción de la acción es de dos años. En la acción ejercida entre partes (simulación entre partes), el plazo se cuenta desde que, requerida una de ellas, se negó a dejar sin efecto el acto simulado; y, en la simulación ejercida por tercero, desde que conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico.

§ 3.— Efectos de la simulación respecto a terceros

52. Terceros y subadquirentes

El Cód. Civil derogado no contenía ninguna disposición sobre los efectos de la procedencia de la acción de nulidad por simulación con respecto a terceros.

La cuestión está ahora tratada en el art. 337 del Cód. Civ. y Com. que se refiere a los efectos de la acción de simulación con relación a los terceros acreedores del adquirente simulado y contra los subadquirentes de buena y mala fe.

1) Acreedor de buena fe: En lo que respecta al acreedor que de buena fe ejecuta los bienes comprendidos en el acto, la simulación no les es oponible.

2) Subadquirente a título gratuito o cómplice: En el supuesto que el o los bienes fueran a su vez transferidos, la acción de simulación contra el subadquirente es procedente si adquirió a título gratuito o si es cómplice, cuestión que es materia de hecho y prueba.

3) Deber de indemnizar: Por último, si existiera otra transferencia del o los bienes, de la que resulta que el adquirente es de buena fe y a título oneroso; todos los que participaron en la simulación deben responder, en forma solidaria, por los daños y perjuicios ocasionados al acreedor que no podrá ejecutar el bien pues la simulación no le es oponible al último adquirente por resultar inocente y ajeno al acto.

4) Subadquirente de buena fe y a título gratuito: En este caso, el tercero no responde por los daños y perjuicios ocasionados al acreedor. Su buena fe lo exime y solo responde en la medida de su enriquecimiento.

VI — Fraude

53. Concepto

Los acreedores —y particularmente los comunes o quirografarios— tienen ligada su suerte al estado de fortuna del deudor. Todo egreso de bienes del deudor supone una disminución de la garantía común y, en consecuencia, de la posibilidad de cobro. Mientras la disminución de bienes obedece a actos normales de administración o disposición, se deben soportar las consecuencias y se carece de acción para impugnarlos. Solo cuando el acto está encaminado a defraudarlos, la ley

acude en su defensa. Ocurre a veces que un deudor que está a punto de caer en insolvencia o que se encuentra ya en ese estado enajena alguno de sus bienes para sustraerlo a la acción de sus acreedores; el dinero o los valores mobiliarios que reciba en cambio escapan fácilmente al embargo. En tal caso, la ley les reconoce la acción revocatoria o pauliana (así llamada en homenaje del pretor Paulus, que la introdujo por primera vez), la cual permite a los acreedores ejecutar el bien cuya propiedad se había transferido.

Aunque la hipótesis típica del fraude pauliano es la venta, son muchos los actos que implican una lesión de los derechos de los acreedores y dan lugar a esta acción.

El art. 338 del Cód. Civ. y Com. establece que todo acreedor puede demandar la declaración de inoponibilidad (arts. 396 y 397, Cód. cit.) de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos y de las renuncias al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna.

La ley protege al acreedor de aquellos actos (positivos) que provocan o agravan la insolvencia del deudor y de aquellas renuncias (omisiones) que le hubieran permitido mejorar o evitado empeorar su fortuna.

§ 1.— Acción pauliana: condiciones para su procedencia

54. Requisitos de procedencia

En el art. 339 del Cód. Civ. y Com. se establecen las condiciones generales para la procedencia de la acción pauliana:

a. En primer término, es necesario que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, salvo cuando el deudor actúa con la finalidad de defraudar a futuros acreedores.

b. Que el deudor se encuentre en estado de insolvencia ya sea porque el acto la causó o bien, porque la agravó. De lo contrario, el actor no podrá alegar perjuicio, pues los bienes de aquel alcanzarían para satisfacer el pago de sus obligaciones.

c. Que aquel que contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto causaba o agravaba la insolvencia. Esta disposición se explica por sí sola; la connivencia del tercero, como requisito, para hacer lugar a la revocación de actos onerosos, es una exigencia inevitable de la seguridad de las transacciones; si bastara la sola mala fe del enajenante, nadie podría estar seguro de los derechos que adquiere, por más que haya pagado por ellos su justo precio y haya actuado de perfecta buena fe.

El conocimiento por parte del tercero del estado de insolvencia del deudor hace presumir su complicidad (art. 340 Cód. Civ. y Com.). Dicha

presunción, admite prueba en contrario; es decir, que aunque se demostrase que el tercero conocía la insolvencia del deudor, aquel podría acreditar su buena fe y la falta de propósito de defraudar a los acreedores; tal es el caso del pago de una deuda vencida o del préstamo otorgado al deudor, que aumenta su pasivo pero que se ha celebrado para salvar dificultades y atender obligaciones apremiantes. Estos casos son, sin embargo, raros.

En la práctica, la complicidad del tercero resulta muy difícil de probar; de ahí que sean poco frecuentes los casos de jurisprudencia en que se haga lugar a la acción pauliana. Pero no por ello es menos importante en la vida del derecho, ya que desempeña, sobre todo, un papel preventivo; ante el temor de una eventual revocación, los terceros suelen abstenerse de realizar actos fraudulentos.

55. Caso de actos gratuitos

En esta hipótesis la situación es distinta. La revocación del acto no supone ya la pérdida de un derecho adquirido a cambio de una prestación equivalente, sino simplemente la extinción de un beneficio. Es lógico, pues, que no sea la ley tan severa como en el caso anterior; para que proceda la acción bastan las condiciones generales del art. 339, sin que sea necesaria la complicidad del tercero adquirente. Y aunque este probase su buena fe y que ignoraba la insolvencia del deudor, el acto debe ser revocado (art. 340, segundo párrafo). La determinación de si el acto es oneroso o gratuito supone muchas veces dificultades que suelen no ser simples y cuya solución queda librada al arbitrio judicial.

56. Quiénes pueden intentarla

La actual redacción del art. 338 del Cód. Civ. y Com. ("Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad [...]") despejó las discusiones que existían en doctrina respecto a la posibilidad del ejercicio de la acción. El derogado art. 961 expresaba que todo acreedor quirografario (común) podía intentarla lo que llevó a sostener a algunos autores que los acreedores privilegiados (v.gr. hipotecarios o prendarios) no podían ejercerla.

57. Actos susceptibles de ser revocados

En principio, todos los actos que signifiquen un perjuicio para los acreedores pueden ser revocados, sin que quepa formular ninguna distinción entre aquellos que producen un empobrecimiento del deudor y los que impiden un enriquecimiento (art. 338, Cód. Civ. y Com.).

En el derecho romano, en cambio, solo se admitía la revocación de los actos que hubieran empobrecido al deudor, criterio ya superado en las legislaciones modernas. Lo que tiene verdadera relevancia jurídica es el perjuicio de los acreedores; la distinción entre actos que han ocasionado

un empobrecimiento o evitado un enriquecimiento muchas veces difícil de formular no tiene, en verdad, importancia.

§ 2.— Efectos de la acción pauliana

58. Inoponibilidad del acto

El acto realizado en fraude de acreedores debe dejarse sin efecto en la medida del perjuicio que se les ha ocasionado. La revocación no importa, en rigor, una nulidad; simplemente, el acto impugnado es inoponible a los acreedores.

El efecto de la acción pauliana no es, por consiguiente, hacer reingresar el bien al patrimonio del deudor, sino dejar expedita la vía para que los acreedores puedan cobrarse sus créditos.

De estos principios generales, que presiden la acción revocatoria, se desprenden los efectos que hemos de estudiar en los números siguientes.

La cuestión está tratada en el art. 340 del Cód. Civ. y Com. que se refiere a los efectos de la acción de fraude con relación a los terceros. La norma, al igual que lo dispuesto en materia de efectos de la simulación con relación a terceros (art. 337, Cód. cit.) trae cuatro supuestos:

1) Acreedor de buena fe: En lo que respecta al acreedor que de buena fe ejecuta los bienes comprendidos en el acto, el fraude no le es oponible.

2) Subadquirente a título gratuito o cómplice: En el supuesto que el o los bienes fueran a su vez transferidos, la acción de fraude contra el subadquirente es procedente si adquirió a título gratuito o si es cómplice en el fraude, cuestión que es materia de hecho y prueba.

La complicidad, como se viera, se presume si, al momento de contratar, el subadquirente conocía el estado de insolvencia del deudor.

3) Deber de indemnizar: Por último, si existiera otra transferencia del o los bienes, de la que resulta que el adquirente es de buena fe y a título oneroso, todos los que participaron en el fraude deben responder, en forma solidaria, por los daños y perjuicios ocasionados al acreedor que no podrá ejecutar el bien pues el fraude no le es oponible al último adquirente por resultar inocente y ajeno al acto.

4) Subadquirente de buena fe y a título gratuito: En este caso, el tercero no responde por los daños y perjuicios ocasionados al acreedor. Su buena fe lo exime y solo responde en la medida de su enriquecimiento.

59. Extinción de la acción

El tercero a quien se le hubieren transferido los bienes sujetos a la acción pauliana puede hacer cesar sus efectos desinteresando o dando garantías suficientes para el pago íntegro de sus créditos a los acreedores.

Esta disposición se explica por sí sola. Llevar la acción adelante, cuando el poseedor de los bienes cancela el crédito o garantiza con suficiencia que desinteresará al acreedor, importaría un verdadero abuso del derecho.

Es por ello, también, que la declaración de inoponibilidad se pronuncia exclusivamente en interés de los acreedores que inician la acción y hasta el importe de sus créditos (conf. art. 342, Cód. cit.).

§ 3.— Comparación con la acción de simulación y la subrogatoria

60. Con la simulación

Cuando la acción de simulación es ejercida por los acreedores de una de las partes, presenta una marcada analogía con la pauliana en lo que atañe al objetivo final: lo que los acreedores se proponen en ambos casos es cobrar sus créditos de los bienes que simulada o fraudulentamente han salido del patrimonio del deudor. Además, en ambas hipótesis el deudor ha obrado con dolo y con ánimo de burlar el derecho de aquellos.

Esto ha dado lugar a que estas acciones fueran confundidas en la doctrina y la legislación, debiendo destacarse que los códigos civiles argentino y portugués, sancionados casi simultáneamente, fueron los primeros que las legislaron en forma separada. Gracias a la labor de la doctrina y la jurisprudencia, hoy resulta posible hacer la distinción con nitidez. De lo expuesto en las páginas precedentes se desprenden las siguientes diferencias esenciales entre ambos remedios:

a) La acción de simulación se propone dejar al descubierto el acto realmente querido y convenido por las partes y anular el aparente; en cambio, la acción pauliana tiene por objeto revocar un acto real.

b) Las transmisiones de bienes hechas por acto simulado quedan sin efecto y aquellos se reintegran al patrimonio del enajenante; en cambio, la acción pauliana no produce un reintegro de bienes al patrimonio del deudor, sino que se limita a remover los obstáculos para que el acreedor pueda cobrar su crédito haciendo ejecución de esos bienes.

c) Consecuencia de lo anterior es que la acción de simulación favorece a todos los acreedores, mientras que la pauliana solo al que la entabla.

d) La acción de simulación puede ser intentada por las partes o por los acreedores; la pauliana solo por estos.

e) El que intenta la acción de simulación no tiene necesidad de probar la insolvencia del deudor, puesto que se trata de un remedio conservatorio; tampoco se requiere que su crédito sea de fecha anterior al acto impugnado, ya que el objeto de la acción es poner de manifiesto la realidad y demostrar que, en verdad, el bien no ha salido del patrimonio

del deudor. En cambio, ambos extremos son requisitos de la acción pauliana.

f) Si el que ha recibido un bien o un derecho en virtud de un título simulado lo transmite gratuitamente a un tercero de buena fe, esta enajenación es válida y no es afectada por la acción de nulidad; en cambio, la acción revocatoria es procedente contra el subadquirente de buena fe a título gratuito.

g) El plazo de prescripción de la acción de simulación y de fraude, es de dos años (arts. 2562 y 2563).

61. Con la subrogatoria

La acción pauliana tiene algo de común con la subrogación: ambas tienden a permitir que el acreedor pueda ejecutar un bien que, en el momento de intentar la acción, no se encuentra en el patrimonio del deudor. Por lo demás, sus diferencias son sustanciales: a) la acción revocatoria ataca un acto celebrado por el deudor y tiende a dejarlo sin efecto en la medida del interés del acreedor; la subrogatoria salva una omisión del deudor negligente, que no hace valer sus derechos; b) en la revocatoria se supone un propósito del deudor de defraudar a sus acreedores; en la conducta del deudor por quien se ejerce la acción subrogatoria no hay tal dolo; c) la acción revocatoria solo favorece al acreedor que la intenta; en cambio, la subrogatoria favorece a todos los acreedores por igual, pues el ingreso de bienes al patrimonio del deudor se considera como si hubiera sido obtenido por él mismo.

CAPÍTULO XV - INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

§ 1.— Conceptos generales

1. Introducción

El Cód. Civ. y Com. introdujo una importante modificación al sistema de nulidades de los actos jurídicos. En el actual, siguiendo los Proyectos de Reforma de 1993 y 1998, se contempla a la ineficacia como género y como especies a la nulidad y a la inoponibilidad.

Es sabido que la finalidad del acto jurídico es producir sus efectos propios. Si por cualquier motivo el acto jurídico no los produce, resulta ineficaz.

La eficacia consiste, entonces, en la aptitud del acto jurídico para producir sus efectos. En contraposición, la ineficacia es la falta de aptitud para su producción.

Para que el acto jurídico pueda producir sus efectos propios o, dicho de otra manera, para que resulte válido y eficaz, debe cumplir con los requisitos que la ley exige.

En tal sentido, los requisitos de validez están relacionados con la debida concurrencia de sus elementos estructurales (capacidad, objeto y causa), con su contenido (voluntad no viciada por error, dolo o violencia) y que no medien vicios propios del acto jurídico (lesión y simulación).

2. Categorías de ineficacia

a) Ineficacia estructural. El acto jurídico se encuentra afectado en su estructura originaria.

Al estar viciado desde su origen, es ineficaz, queda comprometida su propia validez y por ende el acto resulta nulo. Por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración.

Son ejemplos de acto nulos por su ineficacia estructural: el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en el art. 403, incs. a), b), c), d) y e), Cód. Civ. y Com.; la renuncia de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio (art. 436, Cód. Civ. y Com.) y la adopción obtenida en violación a lo dispuesto en los arts. 634 y 635, Cód. Civ. y Com.; entre otros.

b) Ineficacia sobreviniente.

Puede ocurrir que el acto en su origen y estructura sea plenamente válido y eficaz para producir sus efectos propios pero que, con posterioridad a su celebración y por circunstancias ajenas o externas al acto, pierda o disminuya su eficacia. Un supuesto de ineficacia sobreviniente es la inoponibilidad en la que el acto pierde sus efectos solo con relación a determinadas personas.

3. Nulidad e inoponibilidad

Es necesario distinguir cuidadosamente la nulidad de la inoponibilidad, que hasta la aparición de la obra de JAPIOT aparecían confundidas. La nulidad implica una invalidez completa del acto que puede invocarse *erga omnes*, sin perjuicio de ciertos efectos especiales que la ley suele reconocerle. El acto inoponible, en cambio, es ineficaz respecto de ciertas personas, pero conserva toda su validez entre las partes.

En la nulidad, los efectos pueden ser excesivos; en la inoponibilidad se limitan estrictamente al interés amparado por la ley. En la nulidad el vicio

es originario; en la inoponibilidad puede ser posterior en uno de sus aspectos; así, por ejemplo, en el fraude, si bien el *consilium fraudis* debe ser originario, la insolvencia basta con que exista en el momento de iniciarse la acción.

Veamos algunos ejemplos de inoponibilidad: 1º) los actos celebrados en fraude de los acreedores son inoponibles a estos, pero conservan su validez entre las partes y aun respecto de los acreedores cuyo crédito tiene fecha posterior al acto impugnado; 2º) la eficacia probatoria de los instrumentos privados se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Antes de ello, no son oponibles a terceros (art. 317, Cód. Civ. y Com.); 3º) los contradocumentos que alteran lo expresado en un instrumento público pueden invocarse entre las partes, pero son inoponibles respecto de terceros interesados de buena fe (art. 298, Cód. cit.); 4º) la revocación del dominio de cosas no registrales no tiene efecto respecto de terceros, salvo cuando, en razón de su mala fe, tengan obligación personal de restituir la cosa (art. 1967, Cód. cit.); 5º) el efecto retroactivo de la confirmación de un acto viciado de nulidad relativa es inoponible a los terceros de buena fe (art. 395, Cód. cit.).

4. Conversión

El acto nulo, dice el art. 384 del Código citado, puede convertirse en otro diferente válido si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad.

Para que pueda haber conversión del acto jurídico se necesitan dos recaudos. Uno objetivo y otro subjetivo. El objetivo se refiere a que el acto nulo reúna las condiciones de validez de otro acto jurídico; mientras que el subjetivo se relaciona con la intención de las partes que permita suponer que hubieran querido celebrar el eficaz de haber advertido el vicio que invalidaba al anterior.

La conversión del acto nulo constituye una vía legal para favorecer y permitir, cuando se verifican sus requisitos de admisibilidad, la consecución del fin práctico que guió a las partes a la celebración de un acto jurídico.

Algunos autores encuentran su fundamento en la conservación de los actos jurídicos y de los negocios, otros en la autonomía de la voluntad privada, mientras que otros lo encuentran en el principio de buena fe. Lo cierto es que la conversión recibe ahora tratamiento específico a través del citado art. 384, lo que constituye una novedad pues no tenía regulación expresa en el derogado Cód. Civil.

5. Acto indirecto

El art. 385 consagra la validez del acto jurídico indirecto siempre que no se otorgue para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero.

Se entiende por acto jurídico indirecto aquel que es celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto jurídico.

En el acto indirecto no hay correspondencia entre el fin perseguido y el medio técnico empleado.

Así, por ejemplo, en vez de dar mandato para el cobro de un cheque, se lo endosa, lo cual supone transferir su propiedad.

Otro caso, podría ser la cesión de crédito con fines de mandato, el endoso para facilitar el cobro y la transmisión de dominio con una finalidad de garantía. Estos últimos suponen, siempre, un exceso del medio respecto del fin perseguido, pues es evidente que en los dos primeros casos bastaría el mandato y en el último, la prenda o la hipoteca, según se trate de cosa mueble o inmueble. Se usa un medio más fuerte para conseguir un resultado más débil. El acto va más allá del fin querido por las partes, supera su intención práctica, presta más consecuencias jurídicas que aquellas que serían menester para obtener el resultado requerido. Se ha pretendido negar a estos actos el carácter de simulados, pero es evidente que son una forma de simulación, puesto que, según el concepto del art. 333, Cód. Civ. y Com., se oculta la naturaleza de un acto (mandato, garantía) bajo la apariencia de otro (cesión, venta).

I — Nulidad de los actos jurídicos

§ 1.— Conceptos generales

6. Sanciones de los actos prohibidos por las leyes

Los actos contrarios a la ley originan dos tipos de sanciones distintas:

a) Las que procuran restablecer el estado de cosas alterado por el hecho ilícito: la primera es la de nulidad, que se propone borrar los efectos del acto contrario a la ley; la segunda es la acción de daños y perjuicios, que se concede a quien ha sufrido las consecuencias de un hecho ilícito. No bastaría, en efecto, con la nulidad para que se borren los efectos del acto ilícito, es necesario, además, que la víctima sea compensada de todos los perjuicios sufridos.

b) Las que imponen un castigo o pena al autor del hecho; tienen carácter represivo. Algunas pertenecen al campo del derecho civil; así, por ejemplo, el padre que abandona a su hijo queda privado de la responsabilidad parental (art. 700, b], Cód. Civ. y Com.); en el divorcio, la compensación económica que debe fijar el juez, a falta de acuerdo, a favor de uno de los cónyuges (arts. 441 y 442, Cód. Civ. y Com.); el donatario

ingrato puede ser privado de los bienes donados; al legatario ingrato que injuria gravemente la memoria del causante se le puede revocar el legado (art. 2520, Cód. Civ. y Com.). Otras sanciones son de carácter penal: prisión, multa, inhabilitación, etc.

7. Concepto de nulidad

La teoría de las nulidades es una de las más arduas y complejas del derecho civil. Las dificultades derivan, sobre todo, de la naturaleza variadísima de las causas que originan la sanción, lo que, naturalmente, debe influir de distinto modo en sus efectos, ya sea en relación con las partes, ya en relación con terceros.

Estas dificultades se acrecentaron en nuestro país por la redacción oscura e imprecisa del articulado del Código derogado, lo que dio lugar a largas polémicas, y fue la labor de la doctrina y la jurisprudencia, la que permitió resolver con acierto y con acuerdo casi general muchos de los más arduos problemas.

Por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración.

Tres son, por consiguiente, las notas características de la nulidad: 1º) está establecida en la ley; 2º) importa privar de sus efectos normales al acto; 3º) la causa de la sanción, es decir, el vicio del acto es contemporánea con la celebración.

Según hemos de verlo oportunamente, la nulidad no implica privar al acto de todos sus efectos, pues suele producir algunos de no poca importancia; pero el acto queda privado de sus efectos esenciales, de aquellos que las partes tuvieron especialmente en mira al celebrarlo.

§ 2.— Clasificación de las nulidades

8. Sistema anterior

El Cód. Civil derogado contemplaba cinco categorías de nulidades: a) Actos nulos y anulables; b) Nulidad absoluta y relativa; c) Nulidades manifiestas y no manifiestas; d) Nulidad total y parcial y d) Nulidades expresas y virtuales.

9. Sistema vigente

Como hemos visto, el Cód. Civ. y Com. contempla a la nulidad como una especie de la ineficacia de los actos jurídicos y, en función de lo dispuesto en el art. 386 y ss., se clasifican en actos de: nulidad absoluta y relativa, nulidad total y parcial.

A.— Nulidad absoluta y relativa

10. Criterio de la distinción

El Cód. Civ. y Com. no enumera los casos de nulidad absoluta y relativa, limitándose a fijar los principales caracteres de la distinción (arts. 386, 387 y 388). Este método es, desde luego, preferible, pues elimina los inconvenientes de una enumeración incompleta, precisa el criterio legal de la clasificación y evita controversias alrededor de sus efectos.

De lo dispuesto en las normas citadas, se desprende claramente el siguiente concepto fundamental: la nulidad absoluta obedece a una razón de orden público, de interés social (actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres); de ahí que pueda pedirla cualquier interesado y que, inclusive, el juez pueda declararla, aún sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. De ahí, también, que los actos viciados de tal nulidad no puedan confirmarse ni están sujetos a prescripción, puesto que no se trata ya de amparar el interés de las partes intervinientes, sino el social. Por el contrario, la nulidad relativa se establece exclusivamente en interés y protección de ciertas personas, únicas que pueden pedirla.

11. Caracteres y efectos

De lo expuesto en el párrafo anterior se desprenden los siguientes caracteres y efectos distintivos:

12. a) Quiénes pueden pedirla

Mediando en la cuestión una razón de interés público o social, la nulidad absoluta puede ser pedida por cualquier interesado, con excepción de la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho, por el Ministerio Público, en salvaguardia de la moral o de la ley e inclusive puede declararla el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta al momento de dictar sentencia (art. 387, Cód. Civ. y Com.). Por el contrario, la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedido de aquellos en cuyo beneficio la hubiera establecido la ley (art. 388, Cód. Civ. y Com.). Excepcionalmente, dice la norma citada, puede invocarla la otra parte (aquella que no ha sido beneficiada con su sanción) si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Estas disposiciones exigen algunas aclaraciones:

1º) En cuanto a la declaración de oficio de la nulidad absoluta, la ley dice que solo procede en el caso de que aparezca manifiesta en el momento de dictar sentencia (art. 387, Cód. Civ. y Com.). Con ello se quiere impedir que el juez pueda abusar de sus poderes, haciendo pesquisas o investigaciones en asuntos privados de los hombres, so pretexto de la existencia eventual de una nulidad absoluta y sin que medie pedido de parte interesada.

2º) El Ministerio Público no puede pedir la nulidad relativa, en tanto actúe en su carácter de agente fiscal, representante de los intereses públicos; solo pueden pedirla las personas (o representantes) en cuyo beneficio se establecen. Ejemplo de representante, lo constituye el asesor de menores que, en su calidad de representante promiscuo de los incapaces de ejercicio y en defensa de ellos, sí puede pedirla.

3º) El art. 387, Cód. Civ. y Com. expresa que la nulidad absoluta puede pedirse por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. Se restringe, así, la posibilidad de plantear la nulidad a quien actúa de mala fe y pretende obtener un beneficio con su declaración.

13. b) Confirmación

El acto que adolece de nulidad absoluta no es susceptible de confirmación (art. 387, *in fine,* Cód. Civ. y Com.); en cambio, el que solo está viciado de nulidad relativa, es confirmable (art. 388, Cód. Civ. y Com.). Esta solución se explica plenamente: no cabe concebir que las partes puedan convalidar un acto cuando es la misma sociedad la que está interesada en su invalidez; pero si se ha establecido solo en interés de las partes y estas, no obstante el vicio y su derecho a reclamar la nulidad, prefieren mantener la vigencia del acto, no hay inconveniente en que así lo hagan.

14. c) Prescripción

La acción derivada de una nulidad absoluta no es prescriptible (art. 387, Cód. Civ. y Com.). En el Cód. Civil derogado no estaba prevista la imprescriptibilidad de la acción derivada de una nulidad absoluta, pero surgía necesariamente de la circunstancia de que el acto no era confirmable y, además, se admitió pacíficamente que lo que es contrario a los intereses públicos no puede subsanarse por el transcurso del tiempo.

Por el contrario, la acción nacida de una nulidad relativa prescribe a los dos años (art. 2562, Cód. Civ. y Com.) y el cómputo de ese plazo varía según los distintos supuestos contemplados en el art. 2563, Cód. Civ. y Com.

B.— Nulidad total o parcial

15. Nulidad total y parcial

La nulidad de un acto puede ser total o parcial (art. 389, Cód. Civ. y Com.). En el primer caso, todo el acto resulta ineficaz; en el segundo, solo lo es la cláusula o las disposiciones viciadas. Pero la nulidad de una cláusula envuelve problemas delicados y suele arrastrar consigo a todo el acto. Por ello, la norma citada agrega que la nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean

separables. Si no lo son y el acto no puede cumplir su finalidad, es nulo en su totalidad.

En el caso de la nulidad parcial, cuando las disposiciones son divisibles, y las válidas son separables de las viciadas, el juez —de resultar necesario— debe integrar el acto de acuerdo con su naturaleza y los fines que, razonablemente, pueden interpretarse queridos por las partes.

La labor integradora del juez se torna necesaria cuando el acto requiere que se complete el vacío que dejó la nulidad parcial de una de sus cláusulas y la sola interpretación de las cláusulas válidas ha resultado insuficiente.

Un típico supuesto de nulidad parcial, que se ha admitido pacíficamente, se verifica en materia testamentaria donde es fácil concebir la separabilidad de una cláusula. Por ejemplo, la nulidad de un legado no tiene por qué perjudicar a las restantes disposiciones de última voluntad.

C.— Actos inexistentes

16. Teoría del acto inexistente

La teoría del acto inexistente ha tenido su origen en la doctrina francesa del siglo XIX, y se atribuye generalmente a Zachariae. Nació de una observación simple, pero evidente: hay ciertas situaciones que solo tienen la apariencia de un acto jurídico; no parece posible, por consiguiente, hablar de acto nulo porque, en verdad, no existe ningún acto. La nulidad supone un *substractum* real, un algo que declarar inválido; pero lo que no existe, no puede anularse. Estrictamente el acto inexistente no forma parte de la teoría de las nulidades.

¿Cuándo un acto debe reputarse inexistente? Distinguir entre actos inexistentes y nulos no es tarea sencilla; la jurisprudencia francesa, a la que es inevitable referirse, pues allí es donde la teoría surgió y se desarrolló, es confusa y contradictoria; a veces el concepto de actos inexistentes se ha ampliado a supuestos en los que es evidentemente inaplicable y pensamos que a ello se deben principalmente las críticas que la teoría ha suscitado en aquel país.

Por nuestra parte, creemos que solo puede hablarse de actos inexistentes en ciertos supuestos extremos: a) si falta el acuerdo de voluntades o si hay disentimiento entre las partes; tal ocurriría si la parte aparente no prestó, en verdad, el consentimiento; o si una de ellas ofrece vender su casa de Córdoba y la otra acepta comprar la de Buenos Aires (error sobre el objeto); o si una ofrece en locación una propiedad y la otra acepta comprarla (error sobre la naturaleza del acto); o si se trata de un contrato celebrado a nombre de una persona de quien no se tiene la representación; b) si el objeto de la obligación es una cosa no susceptible

de existir, o hechos materialmente imposibles, como vender un pedazo de cielo; c) la falta de la forma exclusivamente ordenada por la ley no basta, en principio, para considerar inexistente el acto. Sin embargo, en algunos casos la formalidad legal consiste en la intervención de un oficial público, que no se limita ya, como el escribano autorizante, a dar fe de lo que ocurrió ante él, sino que integra con su actuación el acto jurídico celebrado por las partes; tal ocurre en el matrimonio, que queda celebrado cuando el oficial público, en nombre de la ley, declara unidos a los contrayentes. En este caso, la omisión de la formalidad legal supone la inexistencia del acto. Lo mismo ocurre en el caso de una adopción no otorgada por juez competente.

17. Crítica. Refutación

La teoría del acto inexistente no ha encontrado buena acogida en muchos de nuestros autores. Las objeciones más importantes son las siguientes:

a) Nuestro Código no alude a esta categoría de invalidez. La inexistencia de los actos es ajena a la teoría de las nulidades. Por lo demás, es evidente que era innecesario que el Código legislara sobre este punto, porque no hace falta declarar la invalidez de lo que no existe; más aún, la propia ley no podría atribuir efectos a una sombra, una mera apariencia, a algo que no es. Tampoco el Código francés ni el italiano hablan de actos inexistentes y, sin embargo, la teoría ha encontrado general acogida en la doctrina y la jurisprudencia.

b) Es un concepto jurídico inútil, pues de él se desprenden los mismos efectos que de los actos nulos de nulidad absoluta. Pero este es un evidente error; ya veremos que son muy distintas las consecuencias de una y otra actuación jurídica.

Por nuestra parte, pensamos que la objeción más seria es de orden gramatical. La expresión actos inexistentes es contradictoria; lo que no existe no puede llamarse acto. Pero como de alguna manera hay que designar a estas situaciones, a estas meras apariencias, nos parece que no traería ninguna utilidad apartarse de una designación que, aunque objetable, tiene en su favor una larga tradición.

Creemos, pues, que la teoría del acto inexistente debe ser acogida en nuestro derecho. Y desde luego, en materia de matrimonio, esta opinión tiene un sólido fundamento legal. El art. 406 del Cód. Civ. y Com. establece que es indispensable, para la existencia del matrimonio, el consentimiento de los contrayentes expresado ante la autoridad competente; agregando, que el acto que carece de este requisito no produce efectos civiles. Es de destacar que la existencia del matrimonio no resulta afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo de la autoridad, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera

procedido de buena fe y siempre que la autoridad ejerciera sus funciones públicamente (art. 407, Cód. cit.).

No es extraño que ante el texto del art. 406 citado, que en este punto prácticamente reproduce al derogado art. 172 del Cód. Civil, casi todos nuestros autores hayan admitido la inexistencia del matrimonio como una categoría independiente de la nulidad y que esta teoría se haya consolidado en la jurisprudencia sobre la materia.

18. Consecuencias. Diferencias con los actos viciados de nulidad absoluta

Como los actos viciados de nulidad absoluta, los inexistentes pueden ser declarados tales a pedido de cualquier interesado o de oficio, por el juez; no son confirmables y la acción es imprescriptible. Todo ello por la razón muy evidente de que lo que no existe no es susceptible de convalidación de ninguna especie.

Pero las diferencias son también importantes:

a) Los actos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan (art. 391).

b) Ciertos actos nulos producen algunos efectos muy importantes que no ocurren cuando media inexistencia. Particularmente trascendental es el caso del matrimonio. Si fuera inexistente, no produce efectos civiles; por lo tanto, estaríamos frente a una unión convivencial y los hijos, si los hubiere, son extramatrimoniales.

§ 3.— Efectos de la nulidad

A.— Efectos entre las partes

19. Principio general

El principio general en esta materia está sentado en el art. 390 del Cód. Civ. y Com.: la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse recíprocamente lo que han recibido. Para las restituciones, el nuevo ordenamiento remite a las disposiciones relativas a la buena o mala fe en la adquisición de frutos o productos en la posesión y tenencia (arts. 1932 a 1940).

La solución es perfectamente lógica, puesto que anular implica tenerlo por no ocurrido.

Este principio general de la retroactividad cede respecto de los terceros subadquirentes de derechos reales o personales sobre inmuebles o muebles registrales (art. 392, Cód. Civ. y Com.).

La cuestión, que desde el punto de vista lógico parece simple, presenta arduos problemas.

Ante todo, es necesario distinguir dos hipótesis distintas: a) que el acto no haya sido ejecutado; en tal caso, declarada la nulidad, no es posible exigir el cumplimiento de las obligaciones que de él derivan; más aún: si la nulidad aún no ha sido declarada, puede ser opuesta por vía de excepción por el interesado (art. 383, Cód. Civ. y Com.); b) que el acto haya sido parcial o totalmente ejecutado; esta es la hipótesis que da lugar a mayores dificultades y donde nace el deber de restitución recíproco. En los números siguientes estudiaremos sucesivamente los distintos problemas que se presentan.

20. Obligación de restituir

La anulación obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud del acto anulado. Esta es la regla sentada en el art. 390 del Cód. Civ. y Com.

La ley no distingue entre nulidad absoluta y relativa y en ambos casos rige la obligación de restitución con la extensión que resulta de las normas vinculadas con la buena o mala fe de las partes en materia de posesión y con relación a la adquisición de frutos o productos (arts. 1932 a 1940, Cód. Civ. y Com.).

En tal sentido, el poseedor de buena fe adquiere ("hace suyos") los frutos percibidos y los naturales que se hayan devengado pero que aún no ha percibido. El de mala fe, debe restituir los percibidos y los que dejó de percibir por su culpa.

Los productos, entendidos como los "objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia" (art. 233, Cód. Civ. y Com.), deben restituirse siempre; haya buena o mala fe. Por su parte, los frutos pendientes de percepción corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa (art. 1935, *in fine,* Cód. Civ. y Com.).

Con esta nueva solución, se atiende la reforma propiciada en anteriores proyectos en los que se postulaba que, para el régimen de restitución en materia de nulidades, correspondía una remisión a los principios generales en materia de adquisición de frutos.

Pero adviértase que, como lo ha hecho notar MOYANO, la obligación de restituir no proviene de la nulidad, sino del título que pueda invocar cada parte sobre la cosa entregada; el fundamento de la restitución es la sustancia del derecho preexistente al acto nulo, que este ha dejado inalterado.

B.— EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS

21. Principios

El Cód. Civ. y Com., a través del art. 392, mantiene el principio de la retroactividad de la sentencia de nulidad frente a terceros que han adquirido derechos reales o personales respecto de un inmueble o mueble registrable con la protección a favor del subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Se sigue así el criterio del art. 1051 incorporado por la ley 17.711 al Cód. Civil derogado.

En otros términos, el principio sigue siendo que la sentencia de nulidad alcanza al tercero que ha adquirido derechos reales o personales sobre un inmueble o mueble registrable que su antecesor tuvo por acto nulo. Los derechos del tercero, dice la norma, quedan sin valor y puede ser sujeto pasivo "directo" de reclamos.

Pero este principio, contiene una excepción muy importante y de la mayor relevancia: la protección del subadquirente de buena fe y a título oneroso. Estos terceros no se encuentran alcanzados por la sentencia de nulidad y, en consecuencia, no pesa sobre ellos la obligación de restitución.

Para que el tercero adquirente de un inmueble pueda reputarse de buena fe, ¿basta con que el inmueble esté inscripto en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor? Por nuestra parte consideramos que la inscripción en el Registro a nombre del vendedor es solo un indicio, desde luego muy importante, de la buena fe del comprador; pero si el examen o estudio de los títulos pone de manifiesto un vicio, el comprador no puede considerarse de buena fe ya que él tiene la obligación legal de examinarlos. El estudio de títulos sigue siendo, pues, de capital importancia.

22. Excepción a la protección a favor de los subadquirentes de buena fe y a título oneroso

El art. 392 *in fine* Cód. Civ. y Com. trae una excepción a la protección del subadquirente que actuó de buena fe y a título oneroso y consiste en el acto que se ha realizado sin intervención del titular del derecho. Se trata del supuesto de la transferencia a "*non domino*".

La norma en cuestión se refiere a los actos nulos pero no a los inexistentes y por ello el subadquirente no queda protegido por la misma.

El ejemplo más típico es el de la falsificación de una escritura de venta. Supongamos que con la complicidad de un escribano, se falsifica la firma del propietario de un inmueble, quien aparece como vendedor. Luego, el comprador enajena a su vez el inmueble, a un tercero de buena fe y por título oneroso. No cabe duda de que el propietario deber ser amparado por la ley. En primer lugar, la venta no realizada por el dueño y hecha por

quien no tiene ningún título debe, en tanto acto de transmisión del dominio, considerarse inexistente y no estamos en el ámbito del citado art. 392, Cód. Civ. y Com., que solo se refiere a los actos nulos. No es posible que la ley admita un despojo del verdadero dueño sobre la base de actos pasados entre terceros. Es cierto que el tercero de buena fe se verá defraudado en sus intereses, pero eso ocurre siempre que una persona es víctima de un delito. Y la víctima, en este caso, ha sido él (con quien negoció y contrató el defraudador) y no el verdadero propietario que permaneció ajeno al acto.

C.— Modo de hacer valer la nulidad

23. Puede oponerse por vía de acción o de excepción

El interés de la persona que pretende la nulidad de un acto puede consistir en cambiar el *status* del derecho o en mantenerlo. Supongamos que una persona ha transmitido a otra un inmueble por escritura pública. Su interés es recuperar la cosa y para ello debe accionar por nulidad. Puede ocurrir también la situación opuesta. Una persona ha vendido a otra un inmueble por boleto de compraventa pero todavía no ha escriturado y se niega a hacerlo, aduciendo un vicio de nulidad. Aunque aún en este caso puede accionar para que se declare la nulidad, en realidad a él le basta con negarse a escriturar. Es el comprador el que tiene interés en demandar, y en este juicio, el demandado que pretende la declaración de nulidad, debe oponerla como defensa o excepción (art. 383, Cód. Civ. y Com.).

La excepción de nulidad debe oponerse dentro de los términos de prescripción de la acción. Porque lo que no se puede hacer por vía de acción tampoco puede hacerse por vía de excepción.

D.— Prescripción

24. Plazo

La acción derivada de una nulidad absoluta no es prescriptible (art. 387, Cód. Civ. y Com.).

Por el contrario, la acción nacida de una nulidad relativa prescribe a los dos años (art. 2562, Cód. Civ. y Com.) y el cómputo de ese plazo varía según los distintos supuestos contemplados en el art. 2563, Cód. Civ. y Com.

§ 4.— Confirmación de los actos jurídicos

25. Concepto

La confirmación es el acto por el cual se sanean o purgan los defectos de otro acto anterior que estaba viciado de nulidad relativa y por ende era pasible de una acción de nulidad. El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte (art. 393, Cód. Civ. y Com.). Importa la

renuncia a ejercer esta acción. Para que proceda la confirmación debe haber desaparecido la causal de nulidad (ejemplo: El acto otorgado por persona con capacidad restringida, que lo confirma, una vez firme la declaración judicial del cese de la restricción).

Es necesario distinguirla de la ratificación, que implica asumir y hacer propias las obligaciones contraídas por otra persona que ha actuado sin poder suficiente. La confirmación supone, por el contrario, un acto realmente otorgado por el mismo interesado o por su representante, pero que adolece de un vicio susceptible de provocar su invalidez. Del mismo modo, es preciso no confundirla con el simple reconocimiento que, en sentido estricto, consiste en admitir que han ocurrido ciertos hechos o se han celebrado actos, pero sin perjuicio de negarles validez jurídica.

26. Actos susceptibles de confirmación

Solamente los actos que adolecen de nulidad relativa son susceptibles de confirmación (art. 388, Cód. Civ. y Com.). En cambio, no lo son los absolutamente nulos (art. 387, Cód. Civ. y Com.), ya que mediando una razón de interés social o general en la invalidez, la voluntad de los contratantes es impotente para convalidarlos.

27. Formas

La confirmación puede ser expresa o tácita.

a. Es expresa (art. 394, Cód. Civ. y Com.) cuando se manifiesta por escrito la voluntad de convalidar el acto viciado. El instrumento debe reunir: 1º) las formas exigidas para el acto que se sanea. Cuando el acto que se pretende sanear tiene formas impuestas por la ley, la confirmación debe cumplir con esas formas; 2º) contener la mención precisa de la causa de la nulidad (del vicio que afectaba al acto), de su desaparición y 3º) la voluntad de confirmar el acto, lo cual debe efectuarse con total precisión.

b. Es tácita (art. 394, *in fine,* Cód. Civ. y Com.) cuando resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento del vicio que lo afectaba. Es la que resulta de la ejecución total o parcial del acto, una vez desaparecido —claro está— el vicio que lo invalidaba. La ejecución del acto, para que tenga validez confirmatoria, debe ser la expresión de una voluntad libre y capaz. Por tanto, si ha sido forzada por un procedimiento judicial, como el juicio ejecutivo, u obtenida por dolo o violencia, no confirma el acto.

¿Puede confirmarse verbalmente un acto jurídico? Entendemos que no. La ley habla solo de instrumentos; y esta solución parece razonable, puesto que si las partes no quieren tomarse la molestia de redactar por escrito un nuevo acto, tienen la vía de la confirmación tácita; pero si optan por hacerlo expresamente, es conveniente la forma escrita, que da

precisión al objeto concreto del nuevo acto y evita los inconvenientes y la inseguridad de la prueba testimonial.

28. Es unilateral

La confirmación, sea expresa o tácita, es unilateral y no requiere la conformidad de la otra parte en cuyo favor se hace (art. 393, *in fine,* Cód. Civ. y Com.). Es la solución lógica, puesto que la validez del acto viciado depende exclusivamente de la voluntad de la parte en cuyo favor se ha establecido la nulidad.

Puesto que el acto es unilateral, no se requiere aceptación de la contraparte, ni doble ejemplar.

29. Efectos retroactivos

Entre las partes, la confirmación tiene efectos retroactivos al día de la celebración del acto originario si fuera entre vivos (art. 395, Cód. Civ. y Com.). Esta retroactividad es de la esencia de la confirmación, que no es sino la renuncia a ejercer la acción de nulidad y el reconocimiento de la plena validez del acto originario.

Pero la retroactividad no perjudica a terceros de buena fe. Por consiguiente, si se hubieran transmitido derechos a sucesores singulares antes de la confirmación, esos actos quedan firmes. Ejemplo: un menor vende a otra persona un inmueble; luego de llegar a la mayoría de edad, lo enajena a un tercero o lo grava a su favor con un derecho real de hipoteca, usufructo, etc.; estos actos no se ven afectados por una posterior confirmación de la venta primitiva.

La confirmación de disposiciones de última voluntad opera desde la muerte del causante, lo que es propio de todos los actos de última voluntad.

30. La ratificación. Concepto y efectos

La ratificación es el acto en virtud del cual se suple el defecto de representación. Ejemplo: Pedro, que no sabe si a su amigo Juan le interesa tal negocio, celebra el contrato a su nombre, supeditando su validez a la ratificación del interesado. Si este lo ratifica, el contrato queda concluido; la ratificación tiene efectos retroactivos al día en que se celebró el acto pero es inoponible a terceros que hayan adquirido derechos con anterioridad (art. 369, Cód. Civ. y Com.). Si no lo ratifica, no hay contrato, pero el tercero tiene derecho a exigir daños y perjuicios si Pedro lo ha engañado haciéndole creer que ostentaba una representación que en verdad no tenía; en cambio, si el tercero sabía que Pedro actuaba sin mandato, no tendrá derecho a indemnización, a menos que este se hubiera comprometido a obtener la ratificación de Juan.

Hay, como se ve, una diferencia sustancial con la confirmación: en esta, el acto se ha realizado por el mismo interesado o por un tercero que obra a su nombre con poder suficiente; solo que ese acto adolece de un vicio que lo hace pasible de nulidad. En la ratificación, el acto es celebrado por quien no tiene representación.

§ 5.— INOPONIBILIDAD

31. Respecto de terceros

En cuanto al concepto de inoponibilidad y sus diferencias con la nulidad, nos remitimos al punto § 1 "Conceptos generales", nro. 792 de este capítulo.

La nota distintiva de la inoponibilidad que, desde la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., es una categoría (especie) de ineficacia prevista en la ley (art. 382, Cód. Civ. y Com.), es privar a un acto jurídico, válido y eficaz entre las partes, de sus efectos respecto de ciertos terceros que la ley protege. El principio que sienta el art. 396, Cód. Civ. y Com., es que el acto inoponible no tiene efectos respecto de terceros, excepto en los casos previstos en la ley.

Es como si el acto no existiera respecto de ellos.

El Cód. Civ. y Com., además de la facultad consagrada a favor del acreedor de solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos fraudulentos celebrados por el deudor prevista en el art. 338, Cód. Civ. y Com., prevé distintos supuestos de inoponibilidad al regular diferentes institutos. Así, pueden citarse a modo de ejemplo, los siguientes: 1) en materia de nulidades, se protege al subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso (art. 392, Cód. Civ. y Com.); 2) la simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes objeto del acto (art. 337, Cód. Civ. y Com.); 3) el desconocimiento del firmante en el documento firmado en blanco no debe afectar a terceros de buena fe (art. 315, Cód. Civ. y Com.); 4) la adquisición o transmisión de derechos reales no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente (art. 1893, Cód. Civ. y Com.); 5) la extinción del dominio fiduciario es inoponible al tercero que de buena fe y a título oneroso contrató con el fiduciario, dentro de los fines del fideicomiso (art. 1705, Cód. Civ. y Com.).

La inoponibilidad, dice el art. 397, puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad.

Entendemos que la inoponibilidad puede ejercerse por vía de acción y de excepción (defensa). El típico ejemplo de ejercicio por vía de acción,

lo constituye el de fraude previsto en el art. 338, Cód. Civ. y Com. Por su parte, la inoponibilidad se hace valer como defensa cuando el tercero protegido por una disposición legal, la hace valer en juicio invocando que los efectos del acto no lo comprenden; por ejemplo: el subadquirente de buena fe y a título oneroso de un inmueble (art. 392, Cód. Civ. y Com.) que es demandado por nulidad de la venta.

En materia de prescripción de la acción, siempre que no exista otro plazo diferente en la legislación, rige el plazo de prescripción genérico de cinco años (art. 2560, Cód. Civ. y Com.).

Para la acción de inoponibilidad nacida del fraude rige el plazo de dos años (art. 2563, Cód. Civ. y Com.).

CAPÍTULO XVI - EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

§ 1.— HECHOS Y ACTOS EXTINTIVOS

1. Método del Código. Tendencias modernas

En nuestro Código, la extinción de las relaciones jurídicas está ubicada en la parte de las obligaciones, y por aludir exclusivamente a estas no está tratada de una manera sistemática y completa.

Parecería más ajustado a un método riguroso tratar esta materia en la parte general, pues si en ella tienen cabida las relaciones jurídicas, es lógico legislar también sobre su extinción. Empero, la mayor parte de las legislaciones modernas no han sistematizado el tratamiento de la extinción de las relaciones jurídicas, si bien los códigos que contienen una parte general, tales como el alemán y el brasileño, tratan en ella de la prescripción.

En nuestro país, una tradición nacida del método del Código ha hecho que la materia sea estudiada en el curso de obligaciones; nos limitaremos por tanto a dar algunas nociones generales, remitiéndonos, para un estudio más detallado, a aquel curso.

2. Hechos y actos jurídicos extintivos

La extinción de las relaciones jurídicas puede derivar de actos jurídicos o de simples hechos. Son actos jurídicos extintivos:

a) El pago: es el acto extintivo típico y consiste simplemente en el cumplimiento de la obligación contraída, sea de dar, hacer o no hacer.

b) La novación: es la transformación de una obligación en otra, como consecuencia de lo cual queda extinguida la primera.

c) La transacción: es el acuerdo en virtud del cual las partes, para evitar un litigio o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas (art. 1641, Cód. Civ. y Com.).

d) La renuncia: es el acto en virtud del cual se libera al deudor de sus obligaciones.

e) La revocación y la rescisión, a las cuales aludiremos más adelante (nro. 826).

3. Los hechos extintivos son:

a) La compensación, que tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago las dos deudas hasta donde alcance la menor (art. 921, Cód. Civ. y Com.).

b) La confusión, tiene lugar cuando se reúnen en una misma persona, por cualquier causa, la calidad de acreedor y deudor (art. 931, Cód. Civ. y Com.). Tal ocurre, por ejemplo, cuando una persona hereda los bienes de quien es deudor suyo.

c) La imposibilidad de pago o de la prestación; la obligación se extingue cuando la prestación se ha producido por caso fortuito o fuerza mayor, es decir, sin culpa del deudor (art. 955, Cód. Civ. y Com.). Ejemplo: un artista que se ha comprometido a pintar un retrato queda desobligado si como consecuencia de un accidente ha debido amputársele su mano hábil.

d) La condición resolutoria; ocurrido el evento futuro e incierto, queda extinguida la obligación.

e) Por último, quedan a considerar la prescripción liberatoria y la caducidad, de las cuales nos ocuparemos más adelante.

4. Revocación, rescisión y resolución

La distinción entre revocación, rescisión y resolución no siempre se hace con rigor técnico; en particular el Cód. Civ. y Com., al igual que el Código de VÉLEZ SARSFIELD, suele emplear indistintamente estas expresiones que designan, en realidad, diferentes supuestos.

a) La revocación de un acto supone dejarlo sin efecto por voluntad de una de las partes. A veces esta facultad puede ejercerse libremente: tal ocurre con los testamentos (art. 2511, Cód. Civ. y Com.), con el mandato (art. 1331, Cód. Civ. y Com.); otras veces, en cambio, la revocación solo procede en las hipótesis previstas expresamente por la ley; así, por ejemplo, la donación solo puede revocarse por ingratitud del donatario (art. 1571, Cód. Civ. y Com.), o por inejecución de las cargas que le fueron impuestas (art. 1570, Cód. Civ. y Com.), etc.

b) La rescisión importa dejar sin efecto para el futuro un acto jurídico por mutuo consentimiento de las partes. Esta institución es una consecuencia obvia y necesaria del principio de la autonomía de la voluntad que rige en materia de contratos.

c) La resolución es la extinción de un acto jurídico en virtud de una cláusula expresa o implícitamente contenida en él. La causa de la ineficacia está contenida en el acto mismo, pero depende de un acontecimiento posterior. Ejemplos: la condición resolutoria, el pacto comisorio. Sus efectos se producen retroactivamente.

§ 2.— Nociones generales sobre prescripción

5. Concepto

La ley protege los derechos individuales; pero no puede amparar la desidia, la negligencia, el abandono. Los derechos no pueden mantenerse indefinidamente en el tiempo, no obstante el desinterés del titular, porque ello conspira contra el orden y la seguridad. La prescripción viene así a llenar una evidente necesidad social: poner orden y claridad en las relaciones jurídicas.

Bajo el nombre de prescripción se reúnen en realidad dos instituciones de naturaleza distinta: la adquisitiva, llamada también usucapión, la liberatoria o extintiva. En ambas, sin embargo, es el factor tiempo el que fundamenta la institución y ese factor común permite reunirlas bajo una misma denominación genérica.

6. Prescripción adquisitiva

La usucapión consiste en la adquisición de un derecho por haberlo poseído durante el término fijado por la ley. Dos son, por tanto, los elementos de la prescripción:

1º) la posesión ininterrumpida del derecho con exclusión del dueño; 2º) que esa posesión haya durado el lapso legal.

Pueden adquirirse por prescripción ciertos derechos reales sobre bienes inmuebles, en particular la propiedad. Para adquirir el dominio es necesario haber poseído el bien durante los siguientes plazos:

a) Diez años si la posesión es a justo título y de buena fe (art. 1898, Cód. Civ. y Com.); vale decir, esta prescripción llamada breve se opera cuando el poseedor se cree dueño en virtud de un título legítimo, aunque en realidad no lo fuese por existir otro propietario con mejor título. El Código mantuvo el criterio que había incorporado la ley 17.711.

b) Veinte años si la posesión es de mala fe, es decir, si el poseedor sabe que no le pertenece el inmueble (art. 1899, Cód. Civ. y Com.). Al igual que en la prescripción breve, hasta la sanción de la ley 17.711 se

requería un plazo mayor; en este caso se requería un plazo de treinta años. Esta prescripción es denominada por el Código como larga.

Adviértase bien que el derecho de propiedad no se pierde por el mero hecho del abandono o inacción del dueño, porque, por esencia, es perpetuo. Para que pierda su derecho es necesario que otro lo haya ganado por posesión ininterrumpida de diez o veinte años, según los casos. Pero si varias personas poseyeran sucesivamente la misma propiedad, sin totalizar ninguna de ellas aquellos lapsos, el propietario puede reivindicar el bien, aunque en conjunto hayan pasado los veinte años. Más que castigar el abandono y la inacción, lo que la ley hace es premiar el esfuerzo de quien durante largos años ha usado el inmueble según su destino, ha cultivado la tierra o vivido en un predio urbano, haciendo que la propiedad cumpla su función social.

Respecto de las cosas muebles rige la norma de que la mera posesión de buena fe crea en favor del que las posee la presunción de tener la propiedad de ellas y el poder de repeler la acción de reivindicación si la cosa no fuera robada o perdida (art. 1895, Cód. Civ. y Com.).

Tratándose de cosas muebles, robadas o pérdidas, el poseedor de buena fe adquiere la propiedad por el transcurso de dos años; pero si se tratara de cosas muebles cuya transferencia exija la inscripción en registros especiales (p. ej., el caso de los automotores), basta la posesión de dos años para adquirir el dominio. En los dos casos, la posesión debe ser continua y de buena fe (art. 1898, Cód. Civ. y Com.).

7. Prescripción liberatoria

La prescripción liberatoria importa la extinción de las acciones que permiten exigir el cumplimiento de una obligación. Es preciso remarcar que lo que se extingue no es la obligación en sí misma, sino simplemente la acción para exigir su cobro, puesto que aquella sobrevive con el carácter de obligación natural. En otras palabras: la obligación en sí misma se mantiene, pero el acreedor carece de acción para exigir el pago. De donde resulta la siguiente consecuencia: si pagada la obligación por el deudor después de vencido el plazo de la prescripción, pretendiese repetir lo pagado, alegando que cuando lo hizo ya la deuda estaba prescripta, su pretensión debe rechazarse porque, repetimos, la obligación subsistía.

En principio, todas las acciones personales son prescriptibles. Por excepción no lo son:

a) las de nulidad, si estas tuvieran carácter absoluto; b) las referentes al estado de las personas, salvo algunas hipótesis de excepción; c) las referentes al dominio público del Estado o a su dominio privado, si los bienes estuviesen afectados a un servicio público, etc.

La prescripción extintiva se opera a los cinco años, a menos que la ley hubiera fijado otro plazo (art. 2560, Cód. Civ. y Com.) a veces mayor, como por ejemplo en el caso de los daños causados por agresiones sexuales, infligidas a personas incapaces, en los que la prescripción se opera a los diez años, pero contados desde que cesa la incapacidad. A veces los plazos son menores, por ejemplo: a) a los dos años prescribe el pedido de revisión o de nulidad relativa de los actos jurídicos; o el reclamo por los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales; el pedido de revocación de donación por ingratitud o del legado por indignidad (art. 2562, Cód. Civ. y Com.); como también la acción de nulidad por dolo, violencia o falsa causa, la de cobro de los honorarios de abogados, procuradores, empleados en la administración de justicia, escribanos, médicos, estos últimos estaban expresamente mencionados en el art. 4032 del Cód. Civil y hoy están genéricamente en el art. 2562, Cód. Civ. y Com.; b) al año, la acción de impugnación de la maternidad; c) al año, el reclamo por vicios redhibitorios, las acciones posesorias, los reclamos contra el constructor por ruina total o parcial, etc. (art. 2564, Cód. Civ. y Com.).

8. Suspensión e interrupción de la prescripción

La prescripción se suspende cuando, en virtud de una causa legal, el término deja de correr; pero concluida la causa de suspensión la prescripción sigue corriendo, computándose el tiempo anterior. En cambio, la interrupción tiene efectos más radicales, pues borra todo el término anterior. Ejemplo: una persona ha poseído durante quince años un inmueble; se produce un acto interruptivo de la prescripción; para adquirir la propiedad debe volver a poseer durante otros veinte años el inmueble, puesto que la interrupción ha borrado totalmente los efectos de la posesión anterior.

El curso de la prescripción se suspende cuando las partes interesadas han contraído matrimonio o bien conviven en unión convivencial. También se suspende entre las personas incapaces o con capacidad restringida y sus padres, tutores, curadores o apoyos mientras ejerzan la responsabilidad parental o la tutela o curatela (art. 2543, Cód. Civ. y Com.).

Análoga a la suspensión, aunque no igual, es la liberación de la prescripción en razón de dificultades o imposibilidades de hecho que hayan impedido temporalmente el ejercicio de la acción. En ese caso, el juez puede liberar al deudor de la prescripción siempre que la acción se inicie dentro de los seis meses de cesado el obstáculo (art. 2550, Cód. Civ. y Com.). Igual solución se aplica a los incapaces que no tuvieran representante legal (art. 2550, Cód. Civ. y Com.).

Como puede verse, aquí no hay suspensión propiamente dicha: el plazo sigue corriendo mientras dura el impedimento, solo que el juez puede tener por no operada la prescripción si la acción se iniciara dentro de los seis meses de cesado el obstáculo.

La prescripción se interrumpe: a) por demanda iniciada por el acreedor contra su deudor; b) por la constitución en mora del deudor realizada en forma auténtica; aunque esta interrupción solo tiene efectos por seis meses o por un término menor si la acción lo tuviere (art. 2541, Cód. Civ. y Com.); c) por reconocimiento de la obligación por el deudor, si se trata de prescripción liberatoria, o del derecho de propiedad del titular, por el poseedor, si se trata de la usucapión; d) por haber perdido el ocupante la posesión del derecho, si se trata de prescripción adquisitiva.

§ 3.— CADUCIDAD

9. Caducidad y prescripción

No es fácil dar un concepto claro sobre caducidad. Como la prescripción liberatoria, hay también aquí la pérdida de un derecho como consecuencia de la inacción del titular durante el plazo fijado por la ley. ¿En qué consiste la diferencia? Algunos autores, como, por ejemplo, BAUDRY-LACANTINERIE, han negado que la haya, pues ambas instituciones tienen de común la causa (inacción del titular del derecho), el efecto (pérdida de la acción) y la finalidad (evitar la inseguridad jurídica). Pero la doctrina moderna es casi unánime en admitir que se trata de instituciones distintas; las dificultades comienzan cuando se quiere precisar en qué consisten los rasgos diferenciales.

Consideramos que, aunque sutil y en muchos casos difusa, la diferencia existe: a) la prescripción extingue la acción; la caducidad afecta el derecho mismo; b) la prescripción puede ser renunciada, no así la caducidad, que puede ser aplicada de oficio; c) la caducidad tiene por objeto consolidar ciertos derechos o situaciones legales que la ley mira con simpatía y que está interesada en amparar; de ahí que los plazos de caducidad sean brevísimos. En cambio, al fijar un plazo para la prescripción liberatoria, el legislador guarda una posición imparcial; no se propone proteger al deudor en perjuicio del acreedor, sino simplemente poner orden en sus relaciones jurídicas.

Algunos ejemplos de caducidad permiten poner de manifiesto estas diferencias. La acción por nulidad del matrimonio, en caso de error, dolo o violencia, caduca si ha habido cohabitación durante más de treinta días después de conocido el vicio o de cesada la violencia (art. 425, inc. c], Cód. Civ. y Com.); la acción de nulidad del matrimonio por causa de demencia caduca para el cónyuge enfermo si recuperada la razón hubiere continuado la vida marital, y para el sano si hubiere hecho vida marital

después de conocida la incapacidad (art. 425, inc. b], Cód. Civ. y Com.); en el caso de filiación por naturaleza el vínculo filial no puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo y la acción si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo (art. 588, Cód. Civ. y Com.), etc. Como se ve, en todas las hipótesis hay un evidente deseo de consolidar, sea el matrimonio, sea la legitimidad del hijo.

Bibliografía general

Abelenda, César A., *Derecho civil. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

Arauz Castex, Manuel, *Derecho civil. Parte general*, Técnica Jurídica, Buenos Aires, 1974.

Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho civil. Parte general*, 13ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008.

Bueres, Alberto J., *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

Bueres, Alberto J. - Highton de Nolasco, Elena (dirs.),*Código Civil comentado y concordado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

Cifuentes, Santos, *Elementos de derecho civil*, Astrea, Buenos Aires, 1999, 4ª ed.

—*Código Civil. Comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, t. 1, 2011.

Cobas, Manuel O. - Zago, Jorge, *Derecho civil. Parte general*, Universidad, Buenos Aires, 2007.

Cura, José María (dir.),*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

Díez Picazo, Luis - Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1998.

Garrido de Cordobera, Lidia - Borda, Alejandro - Aferillo, Pascual E. (dirs.),*Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2015.

Ghersi, Carlos A., *Manual. Parte general. Derecho civil, comercial y de consumo*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

Lasarte, Carlos, *Principios de derecho civil*, Trivium, Madrid, 1998.

Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

LLOVERAS DE RESK - BERTOLDI - BERGOGLIO, *Lecciones de derecho civil*, Advocatus, Córdoba, 2005.

RIVERA, Julio, *Instituciones de derecho civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

RIVERA, Julio César - CROVI, Luis Daniel, *Derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (dirs.),*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

SALVAT, Raimundo M. - LÓPEZ OLACIREGUI, J. M., *Tratado de derecho civil. Parte general*, TEA, Buenos Aires, 1964.

SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1968.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 2011.

TOBÍAS, José W., *Colección de Análisis Jurisprudencia. Derecho civil. Parte general*, La Ley, 2005.

— *Derechos de la persona*, La Ley, Buenos Aires

— *Estudios de la parte general del derecho civil*, La Ley, Buenos Aires, 2006.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de derecho de las personas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL

ALONSO SAINZ, Guillermo, *Insania e inhabilitación*, Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, 2011.

ALTERINI, Atilio, *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988.

ANDORNO y otros, *Daño y protección a la persona humana*, La Rocca.

BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

BORDA, Guillermo A. (dir.), *La persona humana*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

BORDA, Guillermo J., *La persona jurídica y el corrimiento del velo societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

BUERES, Alberto J., *El objeto del negocio jurídico*, Buenos Aires, 1986.

— *Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

BREBBIA, Roberto A., *Hechos y actos jurídicos*, Astrea, 1995.

CASADO, María, *Materiales de bioética y derecho*, Cedecs, Barcelona, 1996.

CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

— *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

CIFUENTES, Santos - TISCORNIA BARTOLOMÉ RIVAS MOLINA, Andrés, *Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

COBAS, Manuel O., "Fraude", en SANTOS CIFUENTES, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

D'ANTONIO, Daniel Hugo, *El derecho de menores,* Astrea, Buenos Aires, 1994.

— *La ley 26.579 Mayoría de Edad y la capacidad de los menores*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010.

DE LOS MOZOS, José Luis, *El negocio jurídico*, Montecorvo, 1998.

DE LORENZO, Miguel F., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, 1996.

ENTELMAN, Remo F., *Teoría de conflictos*, Gedisa, Buenos Aires, 2002.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*, Grijley, Lima, 2000.

GOLDEMBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil,* Astrea, Buenos Aires, 2000.

LLOVERAS DE RESK, María E., *Tratado teórico práctico de las nulidades,* Depalma, Buenos Aires-Córdoba, 1985.

LLOVERAS, Nora - FARAÓN, Fabián, *La mayoría de edad argentina*, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010.

ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946.

PLINER, Adolfo, *El nombre de las personas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

QUIRNO, Diego N., *Capacidad, nombre y domicilio*, El Derecho, Buenos Aires, 2011.

RIVERA, Julio, *El nombre en los derechos civil y comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1997.

— *Habilitación de edad*, Ábaco, Buenos Aires, 1980.

RABINOVICH BERKMAN, Ricardo D., *Cuestiones actuales en derechos personalísimos*, Dunken, Buenos Aires, 1997.

TOBÍAS, José W., *Fin de la existencia de las personas físicas*, Astrea, 1998.

— *La inhabilitación en el derecho civil,* Astrea, Buenos Aires, 1992.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho genético*, Grijley, Lima, 2013.

— *Derecho y manipulación genética*, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, 1996.

ZAGO, Jorge A., *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*, Universidad, Buenos Aires, 1981.

— "Teoría de la lesión", en SANTOS CIFUENTES, *Negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986.

ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 2005, 3ª ed.